



华东政法大学


法律史硕士点招生三十周年 博士点招生十周年文丛

法史学与 社会科学

华东政法大学法律史研究中心/编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院建设项目
国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目

华东政法大学

法律史硕士点招生三十周年 博士点招生十周年文丛

法史学与 社会科学

华东政法大学法律史研究中心/编



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法史学与社会科学 / 华东政法大学法律史研究中心
编. —北京:法律出版社,2011.8
ISBN 978-7-5118-2333-5

I. ①法… II. ①华… III. ①法学—文集 IV.
①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第148314号

© 法律出版社·中国

责任编辑/孙北梅	装帧设计/李 瞻
出版/法律出版社	编辑统筹/财税出版社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京彩虹伟业印刷有限公司	责任印制/张宇东
开本/720毫米×960毫米 1/16	印张/34.5 字数/716千
版本/2011年9月第1版	印次/2011年9月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908	
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 978-7-5118-2333-5	定价:103.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总序

1981年,经国务院学位办批准,华东政法大学开始招收第一届法律史专业硕士研究生;2001年,又开始招收第一届博士研究生。至今已过去了整整30年,我们为 国家培养了244位硕士和180位博士,这一批高层次的法律人才,现分布在全国各地,工作在法学教育、法学研究、法律实务及其他各个领域,为我国的法治建设、理论 研究和社会经济发展做出了重要的贡献。

为了纪念华东政法大学招收法律史专业硕士研究生30周年和博士研究生10 周年,同时,为了让本专业团队在法律史研究方面的成果保留下来,为以后的学科 发展做一些学术积累,经过商议,我们尝试编辑出版三个系列的著作。

第一系列是出版本学科之奠基人王召棠、徐轶民和陈鹏生三位教授的法学文 集。自1981年本学科获准招收硕士研究生后,三位教授培养了一批又一批法律史 专业的研究生,为学科的发展壮大做出了巨大的贡献。在此过程中,他们著书立说, 出版和发表了大量有重大学术价值的研究成果,我们将其收集汇编,以三本法学文 集的方式予以出版,在彰显他们业绩的同时,方便读者查阅、引用以及研究。

第二系列是出版自2001年本专业招收博士生以来一直工作在教学和科研第一 线的三位中年老师何勤华、王立民和徐永康的文集。华东政法大学法律史博士,主 要出自此三位老师的门下。这三本文集收录的有已经出版和发表了的作品,也有 部分新创作的论著,虽不是系统的专著,但将分散出版和发表的文章按相关专题汇 集在一起,可以为读者阅读和引用提供方便,这既是一个纪念,也是一种学术的积 累。

第三系列是出版本专业新人即硕士和博士的论文集。考虑硕士人数比较多, 且刚从本科上来,成果不是很多,故这次编集仅收录已经毕业的硕士的论文(主要是 硕士毕业论文)。这些论文由于是在学校全脱产的状态下,花费3年时间潜心学 习、研究完成的,故基本上具有较高水准,有些已在核心刊物上公开发表。现将其汇 编在一起,分为上、下两卷,取名《法律史的成长》。

本专业的博士,因其学习时间相对较长,且是在硕士毕业之基础上进入博士 生的学习,发表的成果相对较多。因此,这次收集论文时,不仅包括已经毕业的,也包 括了在读的博士生的成果。我们让每位博士选择一篇自己认为比较满意的文章 (不管是新作,还是已经发表的文章),予以汇集出版。这些论文基本上都发表在 中文核心期刊,有些还是权威期刊上,具有相当的学术理论价值。由于字数比较多,文

集分为上、中、下三卷。经过大家讨论,书名定为《法律史的世界》。

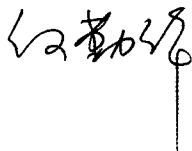
这次纪念活动,也得到了本专业博士后流动站研究人员的认同和追捧,他们也希望能够加入进来,有一个展示自己成果的平台。华东政法大学法律史专业自2003年开始招收博士后,至今已经培养了39位博士后(大部分已经出站)。他们每人精选了一篇自己的得意之作,编成一本文集。由于博士后大部分都是跨学科、跨专业的,除了法律史之外,还有各部门法的,以及文、史、哲、社、经、管的,因此,将此文集定名为《法史学与社会科学》。

出版上述三个系列12本文集,对我国法律史学科的发展,具有很重要的意义。学术要靠积累,也要靠经常性的梳理,而将分散的论文汇编在一起,对学术积累和学术发展是有价值的。到目前为止,在国内学术界,还没有一个学科或专业做过这一工作。而我们这么做,对学说史的梳理和研究意义尤为重要。我们这一代人,年龄尚不算大,完成硕士论文、博士论文,或出版、发表一些论文、文章的时间也不太长,但现在为了做进一步研究,想找一本(篇)出来翻阅查看,有时却发现已经很难,家里找不到,甚至图书馆里也没有。此时,往往会埋怨自己,当初为何不把它们汇编在一起呢?因此,编纂上述三个系列的论文集,史料价值也是不容忽视的。

参与上述文集的整理、编辑、校对的,主要是华东政法大学法律史专业的青年老师和博士生、硕士生,由于他们辛勤的、出色的劳动,使得各个系列的文集能够顺利出版。因为在每一卷的序或者后记中,我们对做出贡献者会有专门的说明,故这里就不再一一列举了。

在华东政法大学法律史专业硕士点招生30周年、博士点招生10周年之际,我们出版12本学术文集,感到十分欣慰。华东政法大学法律史学科这30年的发展,事实上也是我国法学乃至整个社会科学30年发展的一个缩影,它表明,随着我国经济腾飞、社会进步,学术研究也获得了迅速发展,虽然这种发展中还隐含着不少问题和缺陷,但毕竟我们的学术成长已经步入了正常的轨道。

当然,上述各文集的出版,只能说是向国内学术界同行以及广大读者做出的一份初步报告,我们的研究还在继续进行,文集中如有错误和缺点,也恳请读者诸君批评指正。



于华东政法大学
2011年8月15日

目 录

第一篇 中国法传统

论中国传统法律的基础性思维 杨大春 / 3

人情治理、礼治与法治

——中国法律史视野中的“中国人情” 罗云锋 / 21

对中国历史上的宗教与法律关系的再考察 蒋传光 / 32

中国古代死刑分类制度研究 胡兴东 / 60

从“法”、“刑”、“律”含义的演变分析《周礼》的成书

时代 温慧辉 / 74

“汉字帝王法”之形态 易花萍 / 96

约保与蚰城基层行政 廖华生 / 106

第二篇 外国法借鉴

古埃及法的演进、渊源与作用 井 涛 / 129

西方自然法思想的流变 罗国强 / 151

12~19世纪英国治安法官的起源与流变 顾荣新 / 162

中世纪欧洲商人法庭探微 解正山 / 171

隐私权在日本的司法保护及其对中国的借鉴 魏晓阳 / 184

日本生活保护法无差别平等原则的确立及启示 韩君玲 / 197

“禁止”下的规制：性产业在日本的法律境遇 肖 军 / 216

美国“无声”的侵权法改革

——以产品责任法中的联邦法优先为视角 董春华 / 227
国外青少年犯罪预防项目译介 徐大慰 / 237

第三篇 法之理

法官判决的制度表达与实践

——从制度经济学角度看法官判决时的非正式制度
倾向 李声炜 / 249

传统智慧财产权利生成路径及其功能识别 刘云生 / 261

法律应该是什么性别? 马 姝 / 272

比较法中的一个诗性方法:纳

——以中国古代冲突法学研究对象的
确立为例 卢 鹏 / 282

法律论证的理由

——详论规则与原则分殊的方法论意蕴 褚国建 / 293

法律正义与道德正义

——对哈贝马斯法哲学中的正义问题思考 张 秀 / 311

全球化时代下的国际法研究视野转变

——以一元论和二元论为切入展开反思 贾少学 / 320

法律视角中的山寨现象 方恩升 / 328

第四篇 宪法与政治

地方政府负总责的宪法基础和任务 朱应平 / 349

“一国两制”条件下法律冲突的宪政思考 田恒国 / 369

《天坛宪法草案》与民初宪政选择的失败 严 泉 / 379

孙中山在宪政实践中的实用主义 梁文生 / 393

古今选举概念之辨 张卓明 / 402

新中国民族立法的历史进程与经验启示 康耀坤 / 411

从执政党的建设视角看 20 世纪 60 年代初全党调查

研究 韩 慈 / 421

中国廉政法制建设的挑战和趋势研究 陈书笋 / 429

第五篇 法律史与社会科学

- 晚清维新派“三权分立”法制改革思想述评 黄升任 / 445
- 清末《民事刑事诉讼暂行章程》草案考论 谢文哲 / 466
- 抗战时期国民政府的银行监理体制探析 王红曼 / 482
- 法庭言语的制度性特征分析 余素青 / 499
- 电子文书的原本性确保及其证明问题刍议 汪振林 / 508
- 社会收入结构与税收制度选择的博弈均衡
分析 徐伟民 / 516
- 人本学的实践存在观及其美学意义 张 弓 / 529



附 录

华东政法大学法律史专业博士后名录 / 541

后 记 / 543

第一篇

中国法传统



论中国传统法律的基础性思维

杨大春*

内容摘要:思维分为基础性思维和专业性思维。中国传统法律的基础性思维包括整体性,辩证性,形象性(象征性、类比、比附),直接体认性,经验性(类推),模糊性,合目的性,中庸,激进,多样性十种方式。它们综合作用于中国传统法律领域,形成了中国传统法律重人治,轻法治;重义务,轻权利;重刑事,轻民事;重实体,轻程序;重实证,轻论证等诸多特点。它们是隐藏于中国传统法律思维背后的思维基础,它们构成了中华法系的思维内核,影响深远。

关键词:传统法律 基础性思维 法律思维 思维方式

“思维有二义:广义上是相对于物质而与意识同义的范畴;狭义上是相对于感性认识而与理性认识同义的范畴。”^①恩格斯曾把“思维着的精神”称为“地球上的最美的花朵”。^②按功能不同,思维分为基础性思维与专业性思维。基础性思维是思维的基本方式,作用于人的所有认识领域,也可称为普遍性思维。专业性思维是基础性思维在特定领域的演化与运用,也可称为特殊性思维。法律思维是专业的特殊性思维,它以法律人的基础性思维为前提。

目前,法学界对于法律思维的研究多数属于对法律专业性思维的研究,几乎没有触及作为法律专业性思维前提条件的基础性思维。这种状况对中国传统法律思维的研究存在明显缺陷。因为:第一,个性不能脱离共性,中国传统时代的法律人首先是传统时代的中国人,他们的法律专业性思维必定以传统中国人所共有的基础性思维为前提;第二,个性不能取代共性,中国传统法律中的专业性思维不能取代法律人的全部思维方式,也不能以对专业性思维的研究取代对基础性思维的研究;第三,中国古代法制地位本不突出,法律人员极不专业,很难说中国传统时代已经形成了独立的法律人群,也很难说中国传统时代已经形成了个性鲜明的法律专业

* 杨大春,1969年生,男,江苏镇江人,浙江财经学院法学院副教授,历史学博士,法学博士后,主要研究方向为中国法制史、财税法学、社会法学。2006年4月至2008年4月,在华东政法大学博士后流动站从事研究工作,合作导师:何勤华教授。

① 《中国大百科全书》(哲学卷)(第2册),中国大百科全书出版社1987年版,第828页。

② [德]恩格斯著:“自然辩证法·导言”,载《马克思恩格斯选集》(第3卷),人民出版社1972年版,第462页。

性思维,只能说当时指导法律行为的绝大多数思维方式仍然属于基础性、普遍性的思维。如果不研究中国传统思维形态对法律的作用,即中国基础性思维对法律的作用,就始终不能由表及里,没有触及本质。

一、中国思维与法律思维

人类在长期的进化过程中,因为自然环境的阻隔和生活地域、生活资料、生产方式的不同,其思维方式既有共性,也有差异,并且以几个相对发达的古代文明为标志,形成了几种各具特色的思维方式或模式,如中国思维、古代印度思维、西方思维等。其中,中国思维是中国文化的基因,它决定了中国文化的特色。所谓中国思维,指在中华民族(包括汉民族,也包括其他少数民族)的心理和意识中长期稳定地存在的思维方式。数十年来,学界对中国思维的研究成果叠出,笔者认为,《中国思维座标之谜——传统人思维向现代人思维的转型》(李魁平著,职工教育出版社1989年版)、《中国思维偏向》(张岱年、成中英等著,中国社会科学出版社1991年版)、《中国思维形态》(吾淳著,上海人民出版社1998年版)是出版较早、论述内容较有代表性的三本著作。通过这些著作,可以看到中国思维的一些特点。如张岱年先生认为中国传统哲学思维的主要特点是辩证(包括整体思维和对待思维)、分析、直觉。蒙培元先生认为中国传统思维的一个最基本特征就是“经验综合型的主体意向性思维”,经验综合型具有整体性和辩证性,主体意向性包括直觉、意象思维和主体内向思维,“二者结合起来,就是传统思维方式的基本特征。其他种种特点,都是在这一基本特征的基础上形成的”。^①除了研究中国思维的基本特征外,吾淳通过《中国思维形态》对中国思维中的基础性、普遍性思维方式作了详细研究,概括出中国思维的本质精神是重视实践、关注现象、注重现实、沿同异律和相关律方向发展的逻辑构造,发展起了辩证思维和整体思维特征、概念和语词上与思维母体相吻合等五项内容,从而揭示出中国思维作为一种类型,具有结构的完整性、形式的多样性、过程的连续性、自发性质四大特征。^②《中国思维形态》是迄今为止我国学界关于中国思维最全面和最切合主题的研究成果。

法律思维是以法律科学所特有的思维方法为主要内容的一种专业性、特殊性思维。现在,中国研究法律思维的著作已经不少。刘治斌所著《法律方法论》(山东人民出版社2007年版)对国内法律思维的研究状况作有评述,他将法律思维界定

① 张岱年、成中英等著:《中国思维偏向》,中国社会科学出版社1991年版,第19页。

② 吾淳著:《中国思维形态》,上海人民出版社1998年版,第371~385页。



为：“是法律职业者根据现行法规范进行思考、判断和解决法律问题的一种思维定势，是受法律意识、法律思想和法律文化所影响的一种认识与实践法律的思维方式；法官的司法思维是法律思维的典型方式。”^①贺卫方提出法律思维有四大特征：第一，以追求正义为自己的最高使命，但追求总是通过法律途径，运用法律的方式去实现；第二，注重程序的意义；第三，注重事实问题与法律问题的区分；第四，时刻注意司法标准的统一。^②由葛洪义主编，法律出版社定期出版的《法律方法与法律思维》是目前我国学界研究法律思维的专门丛书。2000年，山东人民出版社出版了林喆所著的《法律思维学导论》，是我国目前在法律思维研究中的代表作。但是，这些研究仍然存在两个遗憾：第一，重视对法律专业性思维的研究，忽视了其所依赖的基础性思维。因此，使得很多法律思维的研究不是研究法律思维的方式和特征，而是研究思维的价值目标，使法律思维的研究偏向于法律思想的研究，显得法学专业理论有余而思维哲学基础理论不足。这说明目前法学学科与研究思维的学科（如哲学）之间仍然隔阂严重，思维研究的特色不显著；第二，对法律思维的研究，忽视了对中国传统法律的思维方式，特别是基础性思维的研究。《试论中国传统法律思维之现代转型》一文（吴俊明、刘延红著，《延边大学学报》2006年第2期）虽然对中国传统法律思维有所涉及，但是并未成为其主题，而且该文也一样侧重对中国传统法律思维中“对法及其价值的思考”，也偏向于法律思维的价值问题（如论证中国传统法律思维重视封建秩序和社会和谐，重视情与理等），削弱了对思维方式与思维特征的研究。

有学者主张：“在中国古代立法文化中，存在着几种思维定势。这就是重刑轻民、重农抑商和崇古倾向。”^③本文认为，崇古倾向尚可作为一种思维方式，其实质就是经验性思维。但是，不应当将“重刑轻民”、“重农抑商”等特征也作为中国传统法律的思维方式。因为这两点归属于中国传统法律的思想特征更加合适。或者，就像范忠信那样，将它们称为中国传统法律的基本精神。^④虽然范教授也没有解释为什么要如此称之。

本文侧重研究中国传统法律中基础性思维的作用。法律思维的方式，与法律思维的方法、模式、形态没有实质差别，本文对这几个概念不再加以区分。

① 刘治斌著：《法律方法论》，山东人民出版社2007年版，第59页。

② 贺卫方著：《运送正义的方式》，上海三联书店2002年版，第212~215页。

③ 史广全著：《中国古代立法文化研究》，法律出版社2006年版，第219页。

④ 范忠信著：《中国法律传统的基本精神》，山东人民出版社2001年版。

二、中国传统法律的基础性思维

中国传统法律的基础性思维可概括为整体性,辩证性,形象性(象征性、类比、比附),直接体认性,经验性(类推),模糊性,合目的性,中庸,激进,多样性十种方式。它们的综合作用,形成了中华法系重人治,轻法治;重义务,轻权利;重刑事,轻民事;重实体,轻程序;重实证,轻论证等诸多特点。

(一)整体性

整体性,指思维在运动过程中偏好注重思维客体的整体属性,相对轻视,甚至漠视和忽视客体的个体性与独立性,自觉地倾向于将客体置于其所从属的同类整体中加以思考,以对整体的判断取代对个体的判断,以共同的利益取代个别的利益,以共性取代个性。整体性思维,也可称为类思维。“非我族类,其心必异”是典型化的类思维。思维方式具有惯性。整体性思维在处理事务时,都会习惯性地首先选择整体,其次再看局部和个体,表现在现实生活中,如中国人写地址都是从大到小,作人物介绍都要说明是什么地方人等。其实,操纵和支持这些惯例的就是整体性思维。极左路线下的血统论是整体性思维在政治领域的反映。过分强调集体主义,也是因为整体性思维的极端化。整体性思维比较容易导致集体对个人自我需求的抑制和个性的淹没,进而形成集体和谐的表象。但是必须要注意:首先,这种思维并不以和谐为固有的目标和价值追求,和谐只是这种思维可能的结果。是整体性思维导致了整体和谐,而不是为了追求整体和谐而进行整体性思维。无论东西方,“利”才是思维追求的价值和目标,“和”只是思维追求的一种手段或价值的一种外在表现。伊壁鸠鲁的快乐论、中国传统哲学的天人合一观,归根结底还是为了一种利。或者利己,或者利人。趋利避害是人的天性,也是社会需要法律的根本原因。其次,和谐有两种,一种是重视个体,在保持个体性并承认和协调个体与集体的矛盾基础上的和谐,称为(个性)觉醒的和谐;另一种是轻视个体,重视整体,在压制和取消个体性基础上的和谐,称为(个性)潜伏的和谐。整体性思维所导致的和谐就是潜伏的和谐,是一种以牺牲个体价值为代价所换取的和谐。虽然,有时牺牲是必要的,不可少的。

中国传统法律注重整体性思维,或者说中国传统法律就是整体性思维的产物,尤其表现在中国传统法律特别重视“家”的作用与地位,并将家的治理结构放大至国,甚至于天下,形成并支持家国同构的政治模式。在家国同构的整体性思维驱使下,中国传统法律也以家为法律关系的主体,实行家族本位制,轻视个人的主体地

位,进而导致中国传统法律对民众重义务,轻权利的特征。^① 所以,中国传统法律即使有对民众个体权利的规定(如生命权、财产权等),司法裁判中也是更多考虑官方、家族、民意等群体利益,削弱个体的地位,进而失去法的客观标准,导致可以合情合理地有法不依,重人治而轻法治。“传统中国,法律要求个体放弃部分权利,以获得特定共同体的资格,并因而享受共同体所提供的某种利益或利益期待。”^② 这个判断正表达了传统法律的整体性特征。在婚姻家庭法上维护家族的利益和父母的权利,过分强调子孙对父祖辈的孝道,支持父母包办婚姻,抹杀成婚男女双方的个人权利等,也是整体性思维的结果。《红楼梦》中宝黛的悲剧,《唐律疏议》中别籍异财的罪名等,莫不如是。而且,《唐律疏议》还特别将“居父母丧,身自嫁娶,若作乐,释服从吉”列入十恶的“不孝”大罪,规定“诸居父母丧,生子及兄弟别籍、异财者,徒一年”(《唐律疏议》,卷十二)。在行政领域和司法实践中,法律也往往以维护社会整体利益和司法效率的名义,跨越公私界限,僭入私人空间,侵犯私人权利。总之,在整体性思维之下,个人始终从属于家族,个体始终从属于群体,中国传统社会“家庭的义务具有绝对的拘束力,而且是被法律订入和规定的了的”。^③ 如此家族本位制的结果只能是共性压制个性,集团利益取代个人利益,人格独立与自由无从谈起,所谓和谐只能是表面的和个性潜伏的。

高下相盈,前后相随。任何事物都有两面性,都需要辩证地看待。整体和个体既相对立,又相依存。整体性思维虽然有压服和抑制个性的弊端,但也有容易集中力量,实现整体利益,进而保护个体利益的合理性。尤其是在个体性思维扩张至极,阻碍甚至妨害整体利益,并最终可能损害个体利益及社会公平公正的情况下,此时的个体性思维就需要适当抑制,甚至让位于整体性思维。现代社会的经济法、劳动法及社会法的兴起就是个人利益向社会群体利益让步,法律原则从个人本位向社会本位转化的结果。无论是今天世界通行的社会本位,还是过去东方传统的家族本位(个人义务本位)，“可以说同是集体主义(Collectivism)的产物,其不同之点唯在一有个人的独立地位,一无个人的独立地位而已”。^④ 集体主义和团队精神就是整体性思维的代名词。

① 关于传统法律以家为主体的特征,日本学者在明治年间就已有清楚论述(参见《日本开国五十年史》“法制篇”,上海社会科学院出版社2007年版,第292~293页)。中国法律的家族本位制也是如此。清末修律中对此问题有激烈争论。此后,学界的相关研究不胜枚举。张中秋将其引申为“集团本位”(张中秋著:《中西法律文化比较研究》,南京大学出版社1999年版)。

② 朱勇著:“权利换和谐:中国传统法律秩序路径”,载《中国法学》2008年第1期。

③ [德]黑格尔著:《历史哲学》,王造时译,上海世纪出版集团、上海书店出版社2006年版,第114页。

④ 王伯琦著:《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社2005年版,第247页。

(二) 辩证性

辩证性,指注重从相对立的角度衡量客体,从而决定客体的性质和处置手段。辩证性思维在观察和分析对象时,除了注意对象的一种因素外,总是要发现对象的另一种或几种相对立的因素,并且找出双方相互依存的关系和作用,从遵循对立依存关系的原则出发,寻求解决问题的手段和方法。辩证性思维是对立统一的思维,是注重事物矛盾性的思维。事物永远是相对的,万物皆有两面性。辩证性思维在主观上遵循和发挥对象的对立统一性,是对客观规律的尊重,具有相当的科学性(当然,“什么是科学?”这本身也还值得讨论)。中国传统思维特别注重辩证性,《易经》的学说,《老子》的思想,阴阳对立以及本末体用等的观念历史悠久,影响几乎无所不在。中国传统法律思维也是如此,无论在其立法思想还是制度与实践中都广泛存在。例如,就社会控制手段而言,中国传统法律思想主张的明德慎罚,礼法并用,出礼入刑,认为礼与刑的关系是“德礼为政教之本,刑法为政教之用”;就家庭与国家主体的关系而言,主张三纲五常,其基本原理之一就是君阳臣阴,夫阳妻阴;就法律与政治策略而言,南宋陈亮、叶适等人倡导义利双行,王霸并用,中国封建皇权政治表面上尊崇儒家,实质上却讲究法术势相结合,奉行外儒内法的复合;就刑法的作用与效果而言,中国传统法制长期奉行“以刑止刑,以杀止杀”(《唐律疏议》,卷一),长期频繁地使用肉刑。即使在汉代废除肉刑之后,还有过多次反复的肉刑存废之辩,甚至于连大儒朱熹都不顾仁爱的教义而主张恢复肉刑。^①就思维方式而言,“以刑止刑,以杀止杀”的辩证性不言而喻。肉刑存废之争的原因之一就是对肉刑的控制效率与肉刑人道观念的辩证思考。明代刑法强调“重其所重,轻其所轻”的量刑原则也是运用辩证思维方式的典型例证。

中国传统思维特别注重辩证性,但并不是说它时刻都是辩证的。在中国传统思维中也有持其一端,攻其一极的方面,这就是中国传统思维的过激性特征。此点稍后再述。

(三) 形象性与象征性、类比和比附

形象性,指侧重于从客体的外在形象入手,以对客体具体的外在形象的直接描摹,表达对客体抽象的内在性质的分析和判断,而不是间接地通过抽象概念对客体加以判断与推理。作为一种思维方式,形象性思维主要表现为类比或比附的手法,注重事物相互之间的象征性。类比或比附的手法在中国传统思维中大量存在,像辩证性思维一样,几乎可以成为中国传统思维方式的代表。形象性思维是中国式思维的基本特质,其导致的象征性手法也因此成为中国文化,特别是中国文学的宝

^① 关于中国法制史上的肉刑存废问题,参见宇培峰:“关于肉刑体系的沿革及废复之争”,载《法律史论集》(第3卷),法律出版社2001年版,第101~139页。

贵财富。中国文化中如恒河沙数般的成语体系就是代表之一。虚怀若谷、欲壑难填、高风亮节、胸有成竹、掌上明珠,等等,成千上万的成语贯穿着无数象征性思维活动。《诗经》讲求赋、比、兴,其中除了赋是铺陈其事,直抒心声外,比和兴都是借助山水草木,风云雷电等外在事物,与主体的内心作直接类比或比附,都是象征性思维的具体运用。这种思维方法持久而深远地影响着中国传统文学,以至于在博大精深中国古代文学中,除了像陆机的《文赋》、刘勰的《文心雕龙》等少量著作外,鲜有文学理论研究的作品产生。中国历史学是形象性思维的又一阵地。中国社会世代代重视历史研究,其投入的身心 and 汗牛充栋的著述成果令世界其他国家无可匹敌。但是中国的历史研究理论,特别是历史哲学却极不发达。除了《史通》、《文史通义》等作品外,罕有抽象的概括性的历史理论研究著作。从这个角度看,也可以说中国古代几乎没有历史学,只有历史记载。黑格尔将历史研究分为原始的历史、反思的历史和哲学的历史三个层次。客观地说,中国一代又一代史学家前赴后继所做的大量工作很多仍停留在最初的、原始的历史研究阶段。太史公“究天人之际”的史学目标极少得以实现。笔者认为,导致这种现象的根本原因就是中国传统思维重形象,轻抽象;重实证,轻论证,喜欢通过具体历史事例的考证类比,乃至于比附说明问题,而不是用概念性的语言抽象出隐藏在历史事例与现象背后的性质与理论。其实,这种重象征,喜类比和比附的形象性思维方式在中国传统艺术、哲学,甚至于医学、技术等自然科学领域也大量存在。在法律领域亦是如此。

在中国传统法律思维中,形象性和象征性类比式思维最明显的莫过于董仲舒的天子观、性三品、秋冬行刑理论,以及长孙无忌在《唐律疏议》中对德刑关系的解释。将天地与父母人伦相比附,是中国人几乎被固化的一种思维定势。先秦时期的儒、墨、道、法各家学说中,存有许多这类观念。也正因为如此,“天人合一”才成为中国哲学的“根本观念”。^①“天人交感的宇宙观”也相应成为中国传统法制的哲学基础之一。^②董仲舒提出天子观,倡导君权神授,确立君主在中国法律中至高无上的地位和权力,是天地象征性思维的直接运用。今天,杭州葛岭的抱朴道院还有一块硕大的刻有“天地者无形之父母,父母者有形之天地”的石刻,正是天人合一,天地象征性思维的又一实证。董仲舒还将自然与人世相附会,利用天道、节令、禾米、茧卵等自然现象,使自然人格化,人格自然化,提出人性三品、秋冬行刑等主张。其中,秋冬行刑成为中国传统刑事领域的基本行刑制度,与中华法系相终结,是象征性手法的直接运用,也是形象性思维在中国传统法律领域的充分体现。又如史书曾记载暴君隋炀帝的一则故事:“帝尝发怒,六月棒杀人。大理少卿赵绰固争曰:

① 张岱年著:《中国哲学大纲》,中国社会科学出版社1982年版,第6页。

② 吴经熊著:《法律哲学研究》,清华大学出版社2005年版,第57~60页。