

主编 汪汉卿

中国科学技术大学出版社

中国法律思想史



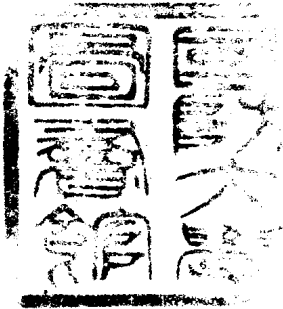


国防大学 2 060 4754 3

中国法律思想史

汪汉卿 主编

G066/32
30



中国科学技术大学出版社

1993·合肥

内 容 提 要

全书三编十八章,对中国自先秦至近代的法律思想之产生和发展的历史进行了全面系统的介绍和简明扼要的阐述,既有对每个历史时期法律思想的综述,又有对各个历史时期主要代表人物法律思想的述评。

读者对象:法律院校师生,法律工作者。

(皖)新登字 08 号

中 国 法 律 思 想 史

汪汉卿 主编

*

中国科学技术大学出版社出版发行

(安徽省合肥市金寨路 96 号)

中国科学技术大学印刷厂印刷

新华书店经销

*

开本 850×1168/32 印张:12.875 字数:334 千

1993 年 11 月第 1 版 1993 年 11 月第 1 次印刷

印数:1—5000 册

ISBN 7-312-00542-X/D·12 定价:8.60 元

主 编 汪汉卿
副主编 刘恒焕 卓 帆
撰稿人 (以姓氏笔划为序)
丁云生 王 虎 王威宣
刘恒焕 艾永明 汪汉卿
李交发 余经林 洪 平
项 彬 卓 帆 郭邦彪
章善斌

目 次

绪论.....	(1)
---------	-----

第一编 先秦编

第一章 先秦法律思想综述	(19)
第一节 中国法律和法律思想的起源	(19)
第二节 春秋战国的百家争鸣和法律思想的繁荣	(21)
第三节 先秦法律思想的基本特点	(28)
第二章 夏商西周时期奴隶主统治阶级的法律思想	(32)
第一节 夏商西周奴隶主的神权法思想	(32)
第二节 周公“以礼治国”和“明德慎罚”的法律思想	(34)
第三节 《吕刑》中的法律思想	(38)
第三章 春秋战国时期儒家的法律思想	(42)
第一节 儒家法律思想及其演变	(42)
第二节 孔丘以“仁”、“礼”为核心的法律思想	(48)
第三节 孟轲的“仁政”及其在法律思想上的体现	(55)
第四节 荀况引礼入法、礼法结合的法律思想	(61)
第四章 春秋战国时期墨家的法律思想	(67)
第一节 墨家学派及其法律思想的特点	(67)
第二节 墨翟以“兼爱”为核心的法律思想	(72)
第五章 春秋战国时期道家的法律思想	(82)
第一节 道家学派及其法律思想体系	(82)

第二节	《老子》中的法律哲学	(85)
第三节	《庄子》中的法律虚无主义	(89)
第六章	春秋战国时期法家的法律思想	(94)
第一节	法家学派的法律观和法治学说	(94)
第二节	管仲、子产和邓析在法律上的革新思想	(97)
第三节	李悝的“著书定律”和吴起的“明法审令”	(102)
第四节	商鞅的变法和法治思想	(104)
第五节	慎到的“势”和申不害的“术”	(110)
第六节	《管子》中的法律思想	(113)
第七节	韩非的“法”、“势”、“术”三结合 的法治理论	(116)

第二编 秦汉至明清编

第七章	秦汉至明清法律思想综述	(125)
第一节	中国法律和法律思想的儒家化	(126)
第二节	围绕若干具体法律问题的论争	(133)
第八章	秦汉之际黄老学派的法律思想	(157)
第一节	黄老学派及其法律思想的特点	(157)
第二节	《淮南子》中的法律思想	(164)
第九章	两汉时期新儒家的法律思想	(170)
第一节	经学和新儒家法律思想统治地位 的确立	(170)
第二节	陆贾和贾谊的法律思想	(173)
第三节	董仲舒以“大德而小刑”为核心的 法律思想	(178)
第四节	桓谭和王充反谶纬神学的法律观点	(184)

第十章	魏晋至隋唐时期新儒家的法律思想	(189)
第一节	律学、玄学和新儒家法律思想的发展	(189)
第二节	魏晋律学和刘颂的法律思想.....	(195)
第三节	魏晋玄学的法哲学思想和鲍敬言的 无君论.....	(202)
第四节	《唐律疏议》中以“德礼为本、刑罚为用” 为核心的法律思想.....	(208)
第五节	韩愈、柳宗元和白居易的法律思想	(216)
第十一章	宋元至明清时期新儒家的法律思想	(224)
第一节	理学和新儒家法律思想的新发展.....	(224)
第二节	王安石的变法革新思想.....	(231)
第三节	朱熹以“存天理,灭人欲”为核心的 法律思想.....	(236)
第四节	陈亮以功利主义为指导的法律思想.....	(243)
第五节	丘浚对封建正统法律思想的总结和发挥.....	(348)
第六节	王守仁的“致良知”、“正风俗”的 法律思想.....	(253)
第十二章	明清之际启蒙思想家的法律思想	(259)
第一节	明清之际启蒙思想家及其法律思想 的特点.....	(259)
第二节	黄宗羲民本主义的法治理论.....	(263)
第三节	王夫之对封建法治思想的改造.....	(269)
第四节	顾炎武反对专制,提倡民权的 法律思想.....	(275)

第三编 近代编

第十三章 近代法律思想综述	(283)
第一节 西学东渐和近代各种进步的法律思潮的兴起	(283)
第二节 清末修律和中西法律思想的冲突	(291)
第十四章 鸦片战争时期地主阶级改革派的法律思想	(301)
第一节 地主阶级革新思潮的兴起及其在法律思想上的反映	(301)
第二节 龚自珍的“更法改图”思想	(305)
第三节 包世臣“默改渐进”的法律思想	(311)
第四节 魏源的“变法便民”理论	(315)
第十五章 太平天国时期农民革命派的法律思想	(322)
第一节 太平天国政权的性质及其法律思想的特点	(322)
第二节 洪秀全反对封建法制提倡“平均”、“平等”的法律思想	(325)
第三节 洪仁玕及其《资政新编》的法律思想	(329)
第十六章 洋务运动时期洋务派的法律思想	(335)
第一节 洋务派及其法律思想的特点	(335)
第二节 曾国藩的“以礼治人”和“严刑致安”的法律思想	(338)
第三节 张之洞以“中体西用”为核心的法律思想	(342)

第十七章 戊戌变法时期资产阶级改良派的法律思想 ·····	(348)
第一节 资产阶级改良主义思潮的高涨和当时政治法律思想的特点	····· (348)
第二节 康有为“变法维新”论	····· (352)
第三节 梁启超的“变法图存”思想	····· (359)
第四节 谭嗣同“冲决一切封建网罗”的法律思想	····· (364)
第五节 严复引“西法”以“警世”的法律思想	····· (370)
第六节 沈家本“会通中西”的法律思想	····· (376)
第十八章 辛亥革命时期资产阶级革命派的法律思想 ·····	(384)
第一节 民主主义思潮的兴起和资产阶级革命派对封建法制的批判	····· (384)
第二节 章太炎“中西合璧”的法治论	····· (389)
第三节 孙中山“自由、平等、博爱”的法律观和“五权宪法”的法治理论	····· (393)
后记 ·····	(401)

绪 论

中国历史悠久,拥有丰富的法律文化遗产,中国法律思想就是我们祖国丰富文化遗产的一个重要组成部分。

中国法律思想起源的时间早,发展的过程长,先秦至辛亥革命数千年,从总体上看,始终贯穿着这样一条发展的基本线索,即礼治——法治——礼法合治。礼治盛行于西周,衰落于春秋,法治兴起于战国,定鼎于秦朝,秦汉以后则走上了以礼为主,礼法合治的道路。从发展阶段说,可以分为:先秦时期,这是中国法律思想产生和儒、墨、道、法诸家法律思想对立时期;秦汉至明清时期,这是封建正统儒家法律思想统治时期;近代,这是西方资产阶级法律思想输入和封建正统儒家法律思想瓦解时期。

一、先秦时期

夏商西周是我国奴隶制形成和发展时期,当时占统治地位的法律思想是奴隶主贵族“受命于天”、“奉行天罚”的神权法思想和以“亲亲”、“尊尊”宗法等级原则为指导的礼治思想。西周初年大政治家周公,提出的“以德配天”、“明德慎罚”的政策,改变了夏商“恃天命”、“擅刑杀”的统治方式,由纯重神权走向兼重人事,客观上为法律思想初步摆脱神权的羁绊提供了有利条件,并对后世儒家思想的形成产生了重大影响。

在奴隶制过渡到封建制的春秋战国时期,由于奴隶制瓦解,封

建制兴起的社会大变革,思想领域空前活跃,出现了“百家争鸣”的繁荣局面。当时参加争鸣的各学派为数众多,主要是儒、墨、道、法四家,特别是儒法两家,他们在围绕着“礼”、“法”问题所展开的争辩过程中,各自提出了一系列具有一定合理因素的法律新见解,大大丰富了中国以及整个世界的古代法学。

儒家的创始人是孔丘,另外两个主要代表:一是孟轲,一是荀况。儒家继承和发展了周公的思想,要求实行“礼治”、“德治”和“人治”。他们强调“为国以礼”,主张必须以“礼”作为适用刑罚的指导,“礼乐不兴则刑罚不中,刑罚不中则民无措手足”;又提倡“为政以德”,认为德礼教化比政刑压制有更大更好的社会效果,即所谓“道之以政,齐之以刑,民免而无耻;道之以德,齐之以礼,有耻且格”。但儒家重教化,轻刑罚,从不否定刑罚的必要性,它的法律思想的基本点是德主刑辅,宽严相济,当教化不起作用时仍然主张诉诸暴力,使用刑罚。荀况所说的“礼”与孔孟所说的“礼”不尽相同,他说:“礼者法之大分,类之纲纪也”,承认礼中有法,法出于礼。所以,荀况实际上是儒法合流,礼法统一的先行者。

以墨翟为主要代表的墨家,是先秦最早起来反对儒家,批判“礼治”的学派。墨家认为治国不可无“法”,法是实现其“兼相爱、交相利”社会理想的重要工具;提出“以天为法”,即以天的意志为法的根源,为测定是非善恶的客观依据;揭示人们犯罪的原因是“饥寒并至,故为奸邪”;主张在经济上发展生产,厉行节约,利民,便民,在刑罚上“杀人者死,伤人者刑”,“杀盗人,非杀人”;强调“刑法正”,要求依法办事,法无明文不罪,“罪,犯禁也”,“罪不犯禁,惟害无罪”,要求执法必严,“赏当贤,罚当暴”,“不杀不辜,不失有罪”。

道家的主要代表是老聃、庄周,他们崇尚“道法自然”的自然法,认为“道”是“万物之宗”、是支配一切的主宰,要求统治者也应象“道”一样,以自然为法,实行“无为”之治。他们反对一切违反自然的人定法,并把矛头指向儒家所维护的“礼”和法家所倡导的“法”法家是先秦诸子中主张“以法治国”的一个学派,管仲是法家

的先驱,李悝、吴起、商鞅、慎到、申不害、韩非是法家的主要代表。法家总结历史上的治国经验,提出了一整套推行“法治”的理论和办法。认为法律同国家一样,都是历史发展到一定阶段的产物;法律的首要作用是“定分止争”,即确认和保护财产私有权;法律应该是公平,正直的,如同度量衡一样,可以作为判断是非的准则,区别罪与非罪和处刑的根据。认为要实行“法治”首先必须有“法”,“以法为本”,其次法必须以成文的形式“布之于百姓”,“使万民皆知所避就”;法必须统一,具有相对稳定性,“法莫如一而固”;法必须具有绝对的权威,法不但高于一般臣民,而且高于君主,法令一出,无论何人都要遵守。同时强调法律适用应该平等,“刑过不避大臣,赏善不遗匹夫”。他们从其“好利恶害”的人性论出发,轻视甚至完全否定道德的感化作用,认为刑赏施罚才是贯彻法律的唯一手段,因此提出“信赏必罚”与“厚赏重罚”,认为只有重罚重刑,才能使人不敢作恶,达到“以刑去刑,刑去事成”。韩非把法、术、势三者结合起来,用术、势加强法的实施力量,集法家学说之大成。

二、秦汉至明清时期

在秦汉至明清(鸦片战争前)的漫长的封建社会中,长期占据统治地位的是封建正统儒家法律思想,它的形成经历了一个比较复杂和曲折的过程。

公元前 221 年秦始皇统一中国后,竭力奉行法家的“法治”路线,“事统上法”,以法律手段治理国家。但他禁止《诗》、《书》、百家语,禁止私学,只许“以法为教”、“以吏为师”,实行极端的文化专制主义,不但窒息了其它诸家思想,也阻挠了包括法家本身在内的法律思想的发展,秦始皇还把法家的严刑峻法推向极端,“专任刑罚”,结果使秦王朝很快被陈胜、吴广领导的农民起义所推翻。

汉初统治者总结亡秦的教训,严厉批判了严刑峻法的法家思想,主张以约法省刑,清静无为,休养生息的黄老之说作为政治法律上的指导思想。汉初的黄老思想有别于先秦的老子思想,它赋予

了“道”新的内容,强调“道生法”,守道即守法,法与礼义相辅相成,礼法并用,援之以德,摒弃了秦朝不事礼义,专任刑罚为威的法家思想。黄老这种排挤法家,兼取德礼的思想为后来正统儒家思想的确立准备了条件。“文景之治”后,清静无为的黄老思想已不适应统治者的需要;而儒家思想经过儒生们的艰苦改造,融合了各家学说,形成了自己的思想体系,适应君主专制的政治体制。汉武帝接受董仲舒等人的建议,实行“独尊儒术”,开始奉儒家思想为正统。这时的儒家思想已不同于先秦,它是以儒为主,儒法合流的产物,并吸收了先秦道家、阴阳五行家以及商、周以来的天命神权等各种有利于维护封建统治的思想因素。董仲舒等将封建意识形态归纳为“三纲”即“君为臣纲、父为子纲、夫为妻纲”。用天命神权、“天人合一”和“阴阳五行说”等炮制了“天人感应”的“神学目的论”。把“三纲”神化,从而引伸出封建政权、族权、神权、夫权四条束缚中国人民的精神枷锁,进一步将“三纲”和“德主刑辅”绝对化、永恒化,终于形成了统治中国达两千年之久的封建正统儒家法律思想。

汉武帝开始“罢黜百家、独尊儒术”时,实际搞的是外儒内法,直到汉元帝上台,儒家思想才取得了正式的统治地位,但这时的儒家思想已谶纬化神学化了。西汉末年,王莽利用谶纬迷信实行复古改制,东汉的刘秀政权亦以谶纬官五经;章帝时白虎观会议则标志着谶纬神学体系的完成并成为官学。东汉的桓谭、王充提出反谶纬神学思想,仲长统、王符分别对正统儒家思想中的“天刑、天罚”等观点提出挑战:他们有关的观点、主张和理论、都是对这一时期封建正统儒家法律思想的创造和发展。

魏晋南北朝时,随着政治局势的变化和儒学独尊地位的跌落,思想领域中出现了一个相对宽松的环境。三国鼎立,时间虽短,但以曹操、诸葛亮为代表的政治家由以法治军到以法治国,在发挥礼法结合,德主刑辅思想的同时,更多地强调了法的运用,构成了这个阶段法律思想的主流。两晋南北朝阶段,法律文化仍有发展,主要表现为律学作为法学的组成部分的发展;其次是玄学家法律虚

无主义的高涨,提出了“无君”论的主张。隋唐时期,中国的封建法律思想同法制一样,极大地继承和发展了封建正统法律文化的传统。尤其是在儒家正统思想指导下制定的唐《永徽律》及“律疏”即《唐律疏议》,是我国封建法典的典范。它的“一准乎礼”的特点也表明了儒家法律思想的崇高地位。

北宋时期,法学领域出现了以程颢、程颐兄弟和朱熹为代表的,以阐释儒经义理、兼谈性命为主的理学。它强调“即物穷理”和“天理”“人欲”的对立,宣扬“存天理、灭人欲”。理学教条在立法和司法活动中,显示出强大的影响,这样封建正统法律思想进入了一个新的发展阶段。虽然封建社会中后期,随着陆续建立的一些少数民族政权,出现了一些少数民族的法律思想家;但总的说来,封建正统法律思想仍占绝对优势。明清之际,出现了许多激进的思想家如黄宗羲、顾炎武、王夫之等。他们适应资本主义萌芽的需要,提出了“天下为主君为客”的反对封建专制的思想,要求以“天下之法”取代君主“一家之法”,宣传民本思想。这些思想基本上适应了当时社会发展的需要,反映了资本主义萌芽时代广大市民阶层的民主要求,具有启蒙作用。

三、近代时期

1840年的鸦片战争揭开了中国近代史的序幕。随着封建的中国逐步沦为半殖民地半封建社会,社会的阶级结构发生了重大变化,中国先后出现了各种各样的阶级和政治派别,也导致了法律思想领域的重大变化。这种变化表现为西方法律思想的输入与正统儒家法律思想的瓦解及多种法律思想的兴起。以林则徐、龚自珍、魏源为代表的地主阶级改革派严厉批判了封建专制法治,要求改变重农抑商的立法政策,提出“变法图强”的主张,目的是“师夷长技以制夷”,理由是“天下无数百年不弊之法,无穷极不变之法”;但他们坚持“人治”,认为封建礼教是不能变革的。以洪秀全、洪仁玕为代表的农民革命家,发动和领导了太平天国农民起义;他们蔑视

封建纲常、礼教和政治法律制度，把历代农民要求平等的思想发展到最高水平，并颁布了取消封建所有制的《天朝田亩制度》和洪仁玕所撰的主张发展资本主义的《资政新编》；但他们的宗教信仰使他们的法律思想具有浓厚的神权法性质，最终导致了皇权主义，专制主义。以曾国藩、李鸿章等为代表的洋务派以“中学为体、西学为用”为指导思想，主张学习西方国家的科学技术。在法律思想上提倡“博采东西各国律法”，但不得超过中国封建的“政教大纲”的限度；虽然他们改良的目的是为了更好地维护君主专制政体，但其思想却为西学西法的引进打开了缺口，其措施客观上刺激了中国资本主义因素的发展。以康有为、梁启超、谭嗣同、严复等为代表的资产阶级改良派热衷于向西方学习。他们以西方的“天赋人权”、民主、自由等为理论武器，主张变法维新以救亡图存。但他们认为“君主立宪，政体之最良者也”。

二十世纪初，清统治者为了维护摇摇欲坠的封建专制制度，打着“新政”和“预备立宪”的招牌进行修律。沈家本是这次修律的主要主持者。在修律过程中，发生了以沈家本、杨度为代表的法理派与以张之洞、劳乃宣为首的礼教派之间的斗争。这场法礼之争的焦点在立宪修律的指导思想上。沈家本企图以欧美资产阶级的个人本位原则来逐步取代中国以家族为本位的封建纲常。但礼教派认为新律“败坏礼教”不符合中国国情，与中国历史不联接，实际上是说不能触动封建礼教。争论的结果，以沈家本的退让而告终。这次法礼之争的实质是中国法律要不要资本主义化的问题。通过这次修律及礼法之争，守旧落后的中华法系的完整性毕竟因大陆法系和英美法系的介入而被突破。随后，以孙中山、黄兴、章太炎为代表的资产阶级革命派在西方的“天赋人权”“自由、平等、博爱”和美国总统林肯“民有、民治、民享”的思想的影响下，吸取了中国历史上的人类大同思想和民本思想因素，结合中国的国情，提出了“三民主义”、“五权宪法”的资产阶级共和国方案。孙中山领导的辛亥革命终于推翻了封建帝制，建立了中华民国。由于资产阶级的软弱

性,辛亥革命的成果为北洋军阀所篡夺,但其民主共和国及一系列先进的法律思想已深入人心,对推动中国社会的前进有着重要的作用。因而创立科学的近代化的思想体系包括法律思想体系的艰巨任务,只能由无产阶级完成。

二

中国法律思想在其不同的发展阶段有不同的特点,但它作为自成体系,富有民族特色的中华法系的思想基础,自始至终保持着独特的内在联系和未曾中断的连贯性,极少受外来思想的影响,有着与世界上其他国家或地区的法律思想不同的性质。在中国法律思想史上,作为封建正统的儒家法律思想曾长期占据统治地位。鸦片战争后虽因西方资产阶级法律与法学的移植与引进,封建正统的儒家法律思想的一统天下被打破,但它在整个半殖民地半封建社会中仍起着很大作用,并渗透到资产阶级法律思想领域。因此,儒家正统法律思想的特点不仅仅是封建法律思想的特点,也是从夏商奴隶社会至辛亥革命前整个中国法律思想的特点。其主要表现有以下几个方面。

一、天命神权,法自君出

纵观中国古代法律思想的历史,“天命神权”观念几乎贯穿其发展全过程。“天命神权”旨在论证一种高居人类社会之上的最高权威,这种最高权威往往以“天”“天志”或“天命”的形式出现。它源于原始社会的宗教迷信。在奴隶社会得到长足的发展,并与宗法观念相结合而占据支配地位。

据史料记载,夏商奴隶主就已利用“天命神权”的观念为其政治目的服务。“有夏服天命。”^①“天命玄鸟,降而生商。”^②这种思想在法律方面集中地表现为“奉天”行罚。西周统治者虽由重鬼神转

① 《尚书·召诰》

② 《诗经·商颂·玄鸟》

到兼重人事,实行礼治,但也改造继承了殷商的天命观念,提出“天命靡常”^①与“皇天无亲,唯德是辅”^②的命题,主张“以德配天”和“怀保小民”,从而给“天命神权”观念注入了社会伦理的内容,使之更为审慎严密。先秦诸子也程度不同地存在“天命神权”观念。儒家孔丘认为“天”是主宰一切的,德治、礼治、人治都是“天道”的体现。墨翟宣扬“天志”,所谓“爱人利人者,天必福之;恶人贼人者,天必祸之”;“天子为善,天能赏之;天子为恶,天能罚之。”^③幻想利用宗教迷信的力量来实现“天下之人皆相爱”的理想社会。道家提出“天道”的概念,所谓“道生一,一生二,二生三,三生万物。”^④可见,“道”也是一种神秘的主宰性的力量,与“神权”观念相去不远。推崇法家学说的秦始皇虽不言天命鬼神,却曾利用“五德终始”的阴阳五行学说来论证秦王朝的合法与神圣。“奉天承运”之说便起自秦而贯穿于整个封建社会。汉代以后的儒家正统法律思想正是得力于“天命神权”观念的补充和论证才形成自己的理论体系,董仲舒炮制的“天人感应”的神学目的论宣称“天者,百神之大君也,”^⑤重新恢复了天的人格和最高主宰的面目,不仅“为人者天”,而且“王者法天”,“仁义制度之数,尽取之天。”^⑥如果违背“天意”,便要受到“天殃”、“天讨。”^⑦鼓吹“受命之君天意之所予也”,“王者承天意以从事,”^⑧主张“以人随君,以君法天”。董仲舒还用阴阳五行学说将“三纲五常”确立为封建法制的指导原则。“君臣父子夫妇之义,皆取阴阳之道”,“王道之三纲可求于天。”^⑨此外,董仲舒不但根据阴阳学说将“大德而小刑”,“德主刑辅”的思想系统化、理论化,而且主张“循天之道”,根据四季变化,春夏行庆赏,秋冬行刑罚。则天

① 《尚书·汤誓》

② 《诗经·大雅》

③ 《墨子·天志》(中)

④ 《道德经》

⑤ 《春秋繁露·郊语》

⑥ 《春秋繁露·基义》

⑦ 《春秋繁露·郊语》

⑧ 《春秋繁露·深察名号》

⑨ 《春秋繁露·基义》