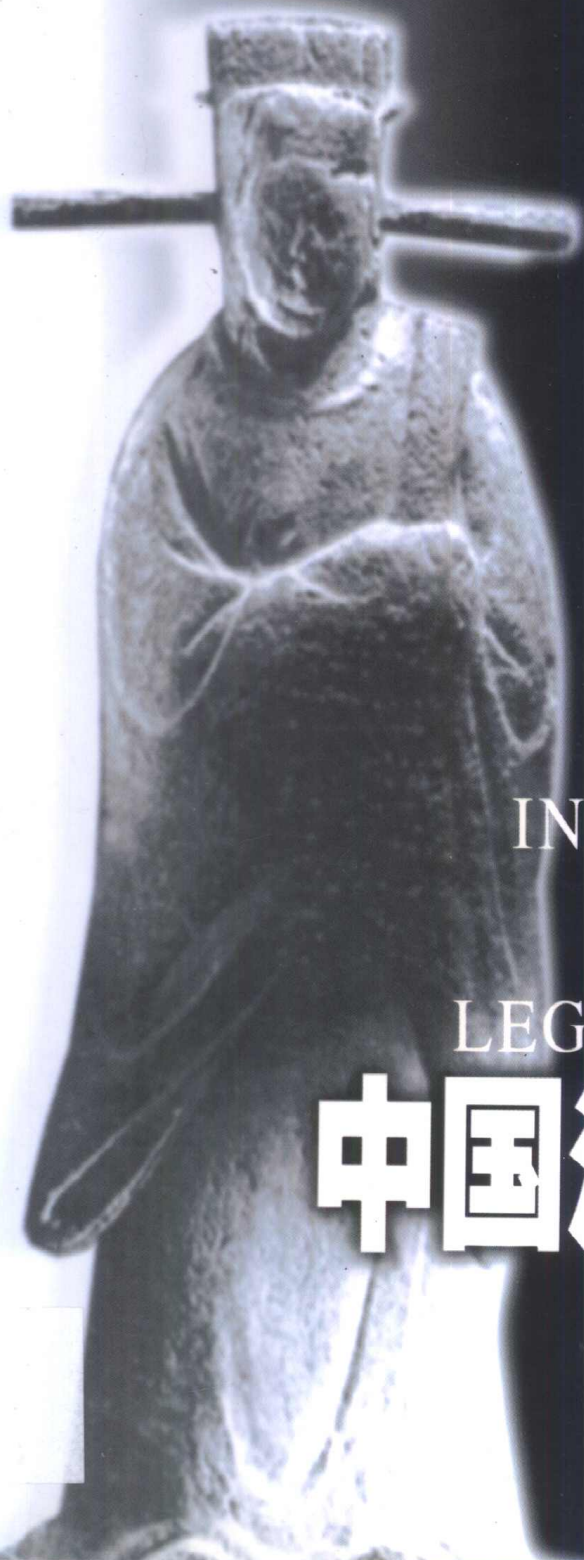




INTRODUCTION
TO CHINESE
LEGAL THEORIES

中国法学初步

刘星 著

◆ 广东人民出版社

刘星 著

◆ 广东人民出版社



中国法学初步

INTRODUCTION
TO CHINESE
LEGAL THEORIES

特约编辑：廖国伟
责任编辑：余小华
封面设计：张永齐
责任技编：黎碧霞

中国法学初步

刘星 著

*

广东人民出版社出版发行

广东省新华书店经销

佛山市创立印刷有限公司

(厂址：佛山市忠信路9号)

850×1168毫米 32开本 14印张 340,000字

1999年4月第1版 1999年4月第1次印刷

印数1-5,000册

ISBN 7-218-03004-1/D·311

定价：23.50元

如发现印装质量问题，影响阅读，请与承印厂联系调换。

目 录

引言 中国法学的出发点

1. 《鹿洲公案》里的“兄弟争田”	(1)
2. 官·写在书本里的法	(3)
3. 赏与罚	(6)
4. “大公无私”	(9)
5. 市场上的兔子（定分止争）	(11)
6. 独角兽·“法”	(15)
7. 《说文解字》	(18)
8. “法官”办“鹿”案·礼	(22)
9. 乡里自治	(26)
10. 规矩方圆	(30)
11. 不同的追求	(35)

上篇 法律在统治方式中的地位：一种工具论

一、严刑峻法	(41)
12. 怕火不怕水	(41)
13. 《韩非子》论杀婴	(43)
14. 人性恶·国家法	(45)
15. 从三万贯钱到十万贯钱	(50)
16. 社会学的寓言：囚徒的困境	(54)

17. 防微杜渐的法律功能	(56)
18. 国家法的清晰与“礼”的朦胧	(61)
19. 官人李维棠	(65)
20. “以刑去刑”的境界	(71)
21. 罚当其罪	(77)
二、教化为先	(82)
22. 浪子回头	(82)
23. “风吹草动”：德教的功效	(86)
24. 人有恻隐之心	(94)
25. 人性善·国家法	(98)
26. 法家的尴尬：秦王朝的灭亡	(100)
27. 仁义	(103)
28. 刑：义的根本·义：暴的来源	(105)
29. “槐树”刑罚的故事	(107)
30. 饮酒之礼·礼治·“防患于未然”	(110)
31. 学校的好风气·礼治的效率	(112)
32. 礼治·“熟人”和“陌生人”	(115)
33. 何谓善于奖赏？	(117)
三、刚柔相济	(121)
34. 性相近·习相远	(121)
35. “打一巴掌揉三揉”	(125)
36. 常备不懈	(128)
37. 董仲舒暗授《春秋》	(129)
38. 君王眼中的“孝顺”	(133)
39. 徐元庆案的“困惑”	(135)
40. “礼”为本法为末·德主刑辅	(136)
41. 有嫁无婚·灵活解释法律	(141)

42. 为啥解释?	(145)
43. 法网的疏密·法律的原则性	(149)
44. 养马人的命儿	(154)
四、顺其自然	(159)
45. “你我的争议”	(159)
46. “无为”的治理	(162)
47. 爱马·被马害	(165)
48. 法令数量与盗贼数量的正比例	(168)
49. 法律的起源	(171)
50. 礼: 混乱的开始	(173)
51. 无礼无法的境界	(176)

中篇 法律与人的家园: 一种理想论

一、国家法律的天下	(185)
52. 法家的追思	(186)
53. “以”法与“依”法治国	(190)
54. 抓龟、抽签·“依法治国”	(193)
55. 靠人与靠法·“法律机器”	(195)
56. 国家危险的原因: 一半务农一半坐吃	(198)
57. 法律一元化的功能	(203)
58. 法律的“内”和“外”·酒店的狗	(206)
59. 明处·暗处	(208)
60. “腾云驾雾”·“权势”与“法”	(213)
61. 国家法律的强制性·“硬规矩”和“软规矩”	(215)
62. 法律职业	(220)

63. 邓析之死·“讼棍”	(223)
二、“礼”或“民间法”的世界	(228)
64. 苗人部落的传说	(228)
65. 大义灭亲?	(230)
66. 家与国·忠孝难两全	(236)
67. 父亲的权威	(239)
68. 家族的小辈与长辈	(241)
69. “礼”·自然和谐与诗情化意	(245)
70. 礼·吃饭·娶新娘	(250)
71. 官司·和为贵	(253)
72. 叔向与子产的通信·行为的仿效	(257)
73. 习俗惯例式的民间法	(262)
74. 奸污后的私了	(266)
75. 愿望·“民间法”·“合理”	(268)
76. 谁合理?	(272)
77. “民间法”的同情理解·熟人	(275)
78. 原有秩序·民间法的地方性	(278)
79. “陋习”·宽容的姿态	(282)
三、法与人	(287)
80. “名”与“实”	(288)
81. 啥叫“土”?	(291)
82. 法律背后的“人”	(295)
83. “权力哪吒”和“权力菩萨”·法律职业独立的 隐喻	(298)
84. 为人·研习·礼法	(303)
85. 此一时彼一时·分权制衡	(308)
86. 啥是“贤人”?	(312)

87. 贤能与“平庸”之分：一种精英“法治”理论	(316)
四、天然秩序	(323)
88. 秋冬斩首	(323)
89. 《礼记·月令》	(325)
90. 水流象征刑罚·“阴”与水	(328)
91. 天地和谐	(330)

下篇 法律进化的梦：一种“情结”论

一、激进一派	(335)
92. “渡河的标记”	(335)
93. 远古的一场争论：法律改革	(338)
94. 大鱼·小鱼·虾米	(343)
95. 理性的力量和意识形态“诡计”	(345)
96. 张居正的“新政”	(347)
97. 外国“月亮”·移植法律	(353)
98. 共同的需求·现代化	(357)
二、顺势而为	(363)
99. 众人心·习俗	(363)
100. 法律制度的形成	(365)
101. 习俗的地方性·国情·“合奸”	(369)
102. 是老婆还是妹妹？	(376)
103. 保护“恶人”？	(378)
104. 国家法律的“权利”·秋菊的困惑	(381)
105. 乡土熟人社会·“情”	(387)
106. “可行性”·“钱会”里的中国国情	(390)

107. 美法村的村政变迁·乡民的心态·····	(393)
108. 反抗法律的现代性 ·····	(396)
三、第三种态度? ·····	(401)
109. 慎之又慎·渐变·····	(402)
110. 税的减法·小房与大楼·····	(404)
111. “烹煎小鱼” ·····	(409)
112. 空间上的一分为二·法律·····	(412)
113. “缩小”的激进·“拆开”的激进与顺势而为 ·····	(417)
主要注释书目·····	(423)
后 记·····	(433)

引言：中国法学的出发点

1. 《鹿洲公案》里的“兄弟争田”

大清雍正那阵子，有一个官人叫蓝鼎元。这个人审案断狱，十分了得。蓝官人字玉霖，号鹿洲，也许特别喜欢自己的“号”，所以写了一本书叫做《鹿洲公案》。《鹿洲公案》记录了许多案子，这些案子里的“法官”，正是蓝鼎元自己。

我们就从这本书里的“兄弟争田”一案说起。

在中国农村，田地是最重要的。有句话说，“土地是农民的命根子”，讲的也是这个意思。有一个平民百姓叫陈智，他有俩儿子，长子叫做阿明，次子叫做阿定。不知是什么原因，陈智死得挺早的，于是就留下七亩地给俩儿子。但是，俩儿子为争七亩地，翻了脸，变了色。说来怪遗憾的，父亲还在世时，阿明阿定的关系友爱亲善，少年时一起读书，成人后一起耕地，就算是各自结了婚，也是相互关照。可父亲这一“走”，兄弟之情却淡漠了。这都是被那所谓“命根子”的田地搅和的。

开始，乡里的亲戚族人都来劝解，说：“你让一步他让一步不成？”俩儿子就是不听。不听不算，还将“你争我夺”闹到了官府衙门。

在官府衙门，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）递上了父亲的亲笔手书。上面白纸黑字：“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，还说有人可以作旁证。蓝鼎元觉得案子有点棘手，不过稍过片刻还是宣称：“你们都说得不差，但是这意味着责任在你们的父亲。谁叫他不来个一清二楚？我只好开棺问他了！”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，你俩都是各有俩儿子的人，将来你们各自的儿子长大，不像你俩那样争田就怪了！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。就这么定了。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。”接着，蓝鼎元叫手下笔墨伺候，将收据存于案卷之中，大声叫到：“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。可是蓝鼎元仍然拿一把，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鸡肠小肚、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，立马邀请族人头领陈德俊、陈朝义到了官府，要求和善了结案子。

而阿明阿定俩人更是痛哭流涕，说：“我俩真是罪该万死，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，大声喊到：“真是一对不孝之子！居然说出要将田产捐给和尚那班人，真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，叫那秃和尚渔翁得利，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”（蓝鼎元：《鹿洲公案·偶纪上》）。

后来，蓝鼎元乐不可支地总结到：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，将田地二一添作五，半儿劈分开，三两句话了断即可；而现在，费了不少周折，婆心苦口，但毕竟是效果显著；你瞧，“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”（蓝鼎元：《鹿洲公案·偶纪上》）。后边文言话的意思是说，夏商周三代那时的民风淳朴，礼让盛行，而眼下，阿明、阿定、郭氏、林氏以及乡里的族人们重新这般友爱相处，不又将“三代”遗风发扬光大了？其实，只有这样，才能叫百姓守法，才能叫为官者政绩卓著。

2. 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

法学理论的初步隐喻。现在，我们尝试解说第一个隐喻。

阿明阿定为争七亩田，最后来到了蓝鼎元坐阵的衙门官府。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，衙门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。

此外，阿明阿定来到了官府，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，他们晓得官府了断纠纷，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，将田地半儿劈分开。这也说明，蓝官人头脑里也有一个国家法律的概念。虽说蓝鼎元没有拎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观念：“官”和“书本里的法”。

说起来，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。这就是：“正月之朔，百吏在朝，君乃出令，布宪于国”（《管子·立政·首宪》）。然后，主要官吏都要在太史（注：官名）那儿领取法令典籍，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”（《管子·立政·首宪》）。

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”（《管子·立政·首宪》）。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儿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》一口咬定，不论什么事情，都要法令先行，正所谓“凡将举事，令必先出”（《管子·立政·首事》）。而且，办事不合法令的，即使卓有成效，那也叫“专制，罪死不赦”（《管子·立政·首事》）。

一句话，成文的规则规矩掌握在“官”的手里，就叫做“法”了（《管子·法禁》）。

另有一部古书，人称《韩非子》。里面说得更明白了：法律，就是写明在书本中的、放置于官府案台上的玩艺儿。这便是：“法者，编著之图籍，设之于官府，……”（韩非：《韩非子·难三》）

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，弄得规则毫无章法、混乱不堪，又让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挂在一处，是我们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。有两本挺权

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，即是说国家的立法机关或司法机关在那里制定或认可（沈宗灵等，1994年：页32；张文显等，1997年：页56）。另一具有同样权威的书也说：法律和国家权力有着不可分割的关系（孙国华等，1995年：页35）。

“国家机关”是个现代用语，在古代差不多就是指“官府”，其内里的这人那人，也就是“官”。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”与书本中的规则扯在一起了。

3. 赏与罚

讲“官”和讲“权力”，在另一方面，便是暗含官府衙门可以对他他人“赏”与“罚”。在“兄弟争田”的案子里，蓝官人就说：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”。假如蓝官人见兄弟俩和好如初，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”。这里涉及了中国法学理论的第二个隐喻：法律的基本目的在于赏罚，尤其是罚。

古书《左传》曾记录了春秋那年月，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（见《左传·隐公十一年》）。换句话说，不论啥事，要把丑话搁在前面，有不听从者，大刑只管伺候就是了。而另一典籍《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（见《尹文子·大道上》）。《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，也能制服老虎；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住江湖大盗那类谋反分子（见韩非：《韩非子·守道》）。古人有时挺信“赏”的，所以，声言“赏一人而天下之为人臣莫敢失礼”（《吕氏春秋·义赏》），而赏赐十分到位，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”这一招了（见《吕氏春秋·义赏》）。

这便不奇怪，为什么《吕氏春秋》会一语中的：“赏罚，法也”（《吕氏春秋·份职》）。

一说“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，嘴里总会左一个“赏”字右一个“罚”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），孩子做事错了，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，在中国尤其古代的中国，国与家有着特别类似的结构，“以天下为一家”（《礼记·礼器》），“国者，乡之本也；乡者，家之本也”（《管子·权修》），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。（费孝通：《乡土中国·差序格局》）

所以，我们时常会听到古人唠叨官是“为民父母”的那些话。比如，有古人讲，天地是万物的父母，而君臣则是小民的父母（见《尚书·泰誓上》）；能教会说的仁君，“民之父母”（《诗经·大雅·烝民》）。孔子说，“四方有败，必先知之，此之谓民之父母矣”（《礼记·孔子闲居》）。而民国初年蔡元培先生也讲过，“一家之中，父为家长……以是而推之于宗族，若乡党，以及国家。君为民之父，臣民为君之子……”（蔡元培，1996年：页7）这样说来，从家庭用语的角度去看“赏罚”，兴许是有趣的。

在这里，紧要的是，国与家的某种类似使人们无形中感到法律规定赏罚是一种再自然不过的事情。既然父母赏罚子女是天经地义的，那么，国家用法律赏罚臣民，也就顺理成章。在“兄弟争田”的案子里，当阿明阿定自悔不仁不义，说要将七亩地捐给寺庙时，蓝鼎元吹胡子瞪眼，说“居然要将父亲的辛苦财产捐给秃和尚，真该大板教训一番才是”，这分明表现了蓝鼎元那类官吏自认为，像父母那样惩罚兄弟俩一下，没啥不应该，没啥不可以。蓝鼎元和阿明阿定之间的位置关系，与父母和子女的关系，真有点相似。

还应注意，这相似的背后，更有一个重要的观念：法律是自上而下的统治工具。这便是，“故法者，治之具也”（刘安等：《淮南子·泰族》）。在家里，父母从来都是“居高临下”的，“统治”不敢说，起码是“管教”。但无论怎样，子女对父母“须仰视才见”。到了国家，百姓对法律及其背后的权力阶层，也是“须仰视才见”。这是“家长主义”。如果再将“官”的观念和“赏罚”拉在一起，更可以体会这里的观念何等重要。直到今时，我们许多人都以为，“工具的说法”是理所当然的。有书讲：法律“首先是确认、保护和发展对统治阶级有利的社会关系和社会秩序的工具”（孙国华等，1994年：页96）。另有书讲：