

《法律史论丛》第九辑

走向二十一世纪 的中国法文化

陈鹏生 王立民 丁凌华 / 主编

中国法律史学会
儒学与法文化研究会

主办



上海社会科学院出版社



图书在版编目(CIP)数据

走向二十一世纪的中国法文化/陈鹏生,王立民,丁
凌华主编. —上海:上海社会科学院出版社,2002

ISBN 7 - 80681 - 096 - X

I. 走... II. ①陈...②王...③丁... III. 法律—
研究—中国 IV. D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 070348 号

走向二十一世纪的中国法文化

主 编:陈鹏生 王立民 丁凌华

责任编辑:周 河

封面设计:闵 敏

出版发行:上海社会科学院出版社

(上海淮海中路622弄7号 电话 63875741 邮编 200020)

经 销:新华书店

印 刷:上海社会科学院印刷厂

开 本:850×1168 毫米 1/32 开

印 张:20.5

插 页:2

字 数:520 千字

版 次:2002 年 9 月第 1 版 2002 年 9 月第 1 次印刷

印 数:000 1 - 1000

ISBN 7 - 80681 - 096 - X/D · 006

定 价:40 元

版权所有 翻印必究

开创法律史研究与时 俱进的新纪元

(代 序)

陈鹏生

2001年11月——世纪之初的金秋时节,来自全国各地法律史学界的一百多位老中青学者,聚集在祖国南海之滨的厦门大学,参加中国法律史学会和儒学与法文化研究会联合召开的学术年会。学者们围绕“走向廿一世纪的中国法文化”主题,交流了各自潜心研究的成果,阐述了个人一得之见的观点,也激扬感奋地谈论法律史界如何面对困难奋发自强的问题。大家或争论,或质疑,或挑战,既是交相攻难,又是互为采获,充分展示了法律史界浓烈的学术氛围和善于分合兼综的学术传统。与会者深深感到,这次学术年会,是中国法律史界同仁对新世纪时代召唤作出的一次有力的回应,“开拓创新,与时俱进”成为与会代表同声相应的最强音。

尤为令人感奋的是,正当我们为年会的论文编辑集结的时候,江泽民总书记先后两次就哲学社会科学在提高全民素质,在治党治国和建设有中国特色的社会主义事业中的巨大作用作了深刻的阐述,并对哲学社会科学提出殷切的希望和要求,极大地鼓舞了社科战线的同志,

对推动中国哲学社会科学的发展和繁荣,具有重要的意义。而这一点,对我们法律史界的同志,感受尤为深切。中国法律史的发展,绵延五千年,源广而流长,遗留典籍之浩瀚,文物之丰富,为世界各国所罕见。中华法文化成为世界文化苑中的奇葩,至今依然让国人自豪,令世人瞩目。但是,由于历史的原因,中国法律史的研究,却一直未能引起人们的足够重视,长期处于相对滞后的状态。真正按照科学分类方法把中国法律史作为一门学科来建设,还是在20世纪初期借鉴西方的法学理论和研究方法才开始的。而中国法律史研究具有突破性发展的,则是在党的十一届三中全会思想上拨乱反正之后。目前,中国法律史已形成一支数千人的专业队伍,出版了一批有分量的开拓性学术成果。在法学界率先成立的中国法律史学会,也越来越显示其在组织和推动法律史研究方面的巨大功能作用,成为法律史界同仁众心齐向的富有生气的学术团体。但是,毋庸讳言,今天的法律史研究,无论是广度还是深度,都还远远不能与中国法律史所达到的成就相适应。法律史在整个法学体系中应有的地位,还没有普遍为人们所认识,有些人至今仍然以近视的、功利的观点看待法律史学科的价值,这不能不给法律史学科的正常发展带来负面的影响,以致有些法律史界的同志,也在困难面前为法律史学科的发展前景感到茫然。今天,江总书记的讲话,对我们法律史界的同志,无疑是一个具有强大震撼力的号召。我们应该借势而发,抖擞精神,迎头赶上。

处身在新世纪之初的时代潮头,我们应该牢记,开拓创新、与时俱进是学术研究的永恒主题,也是我们法律史研究者的历史使命。法律史研究要向深广度发展,任务是十分艰巨的,要做的工作很多,当前尤其应尽快解决学科的一些基础性问题:

第一,建立科学的学科体系。长期以来,法律史一直是法制史与法律思想史分家。一个研究外在的制度文化,一个研究内在的精神文化。而其实,这两方面是彼此联系,相互支持而分不了家的。任何法律制度都是在一定的法律思想指导下产生的;任何法律思想也都是在一定法制实践的基础上形成的。我们只有从两者的结合上,才能够从时代和社会的广阔背景上,科学地审察中国法律发展的特点、本质,并从中探寻其规律,为人们正确地借鉴历史提供科学的指引。因此,建立一个融合法律制度与法律思想于一体的学科体系,对法律史学科的发展,至关重要。

第二,在指导思想,半个世纪以来,我们对中国法律史的研究,一直受到法律是阶级斗争工具这一观点的影响,把中国历史上法律的不断变革发展这种本是一果多因的现象,说成是仅仅靠阶级斗争为动力来推动,单纯地用阶级斗争的观点去审察、判断和解释法律史发生的一切,其结果是,把作为人类文化史有机组成部分的、具有丰富内容的法律史,简单地描绘成“法峻刑残”的阶级压迫史。这既不能真实地揭示中国法律发展的历史,也无助于我们从中正确探寻中国法律发展的规律,以取得

有益于现实法治建设的历史资源。要改变这种由来有兹的传统观点,需要有足够的理论勇气。但关键是要有一个科学的态度,既要敢于运用历史唯物主义的思想武器去拨乱反正,坚持真理,又要有扎实的研究基础,用经得起检验的事实说明问题。这样做,相信“乱”是一定能够拨“正”的。

第三,拓宽法律史研究的领域。中国历史上法律渊源的多样性,这已是不争的事实。但是我们以往的研究,仅仅着眼于制定法渊源,对于大量存在的其他法律社会渊源却很少涉及。然而,从理论上回答其他法律社会渊源存在的价值,这却是全面地、科学地分析和认识中国几千年法律发展的历史所必不可少的。又比如,一谈比较法,历来人们总是追溯到希腊梭伦的雅典立法、罗马的《十二铜表法》、柏拉图的《法律论》,等等,而关于中国的比较法学史则完全置之缺漏。其实,我国早在战国时期,魏相李悝(约公元前 455 年—公元前 395 年)就运用比较研究的方法编纂了古代中国第一部成文法典《法经》,堪称为世界比较法起源上一项古老而又伟大的成就。其后中国各断代史中的《刑法志》,都广泛地应用了李悝的这种比较法。如果说,东方奴隶社会最早一部比较立法的成就是汉穆拉比法典,那么,《法经》就应该是东方封建社会最早的一部比较立法的成就了。两者堪称为东方比较法起源上的双璧。而后来我们由于封建专制集权统治,长期闭关锁国,夜郎自大,在相当长的历史时期内没有对不同国家或不同法律体系进行比较研究,直至清末面临

帝国主义入侵后的亡国危机时,才被迫变法修律,对西方法律进行比较研究和学习引进。在比较法研究方面的这些历史事实和深刻教训,应该说,都是中国法律史必须认真研究的范围。

当然,时代为我们提供了发展中国法律史学科前所未有的条件,但中国法律史学科的发展,最终毕竟要靠从事法律史研究的学者共同努力。我们应该自觉地进行改造和提升,切实提高自身的学术品格,真正树立开拓创新,与时俱进的精神,才能肩负起时代赋予我们庄严而光荣的使命。

2002年4月

目 录

开创法律史研究与与时俱进的新纪元(代序) … 陈鹏生

一、法律文化研究

- 中国传统法文化与“以德治国” …… 刘 新(1)
- 西周的“德治”思想与法制建设 …… 宋四辈(14)
- 关于“以德治国”的思考 …… 肖传林(22)
- 以民为本:一种传统的官德素养 …… 梁风荣(31)
- 维系与羁绊——“德”在中国传统法文化与社会
中的作用 …… 高 珣(44)
- 大陆法系对中国法律的影响 …… 范忠信 叶 峰(53)
- 中西法律文化比较论纲 …… 张中秋(69)
- 法律移植与中国近代传统法律文化的变迁
——兼论礼法之争 …… 萧光辉(73)
- 原创文化与 21 世纪中国法文化 …… 陈金全(84)
- 中国传统礼法文化的基础 …… 董长春(96)
- 对中国传统法律文化的几点反思 …… 孙光妍(106)
- 中国传统法律文化及其评价 …… 孔 玲(114)
- 传统法律文化的民族性因素问题
…………… 明 欣 陶 毅(124)
- 中国古代施刑轻重之辨析 …… 李交发(131)
- 中国古代天人观及其对法律文化刑事性的影响
…………… 杨成炬(147)

- 墨家“推类”思想对中国传统法文化的影响
..... 林华昌 郑取(159)
- 白马非马“民间法” 刘笃才(172)
- 自然缠绵的姻缘:神观念、礼文化和法文化
..... 方 潇(181)

二、制度史研究

- 中国法律史研究在日本 俞荣根(193)
- 律令格式与律令制度、律令国家
——二十世纪中日学者唐代法制史总体研究一瞥
..... 周东平(201)
- 官吏渎职罪与中国传统法律“明主治吏不治民”
特征的形成 胡世凯(215)
- 礼刑与富贵:中国古代刑罚的政治观
..... 柏 桦 葛 荃(229)
- 说“程”——秦汉时期的计量性法规 阎晓君(240)
- 唐律与唐朝的身份等级关系 王立民(253)
- 二十世纪下半叶宋代法律制度研究的回顾和
反思 戴建国(266)
- 北宋皇帝临朝视事与诏令议决制度 傅礼白(281)
- 论宋辽金元时期的法制融合 唐自斌(290)
- 明代的宗教法律制度 夏清瑕(300)
- 清朝中后期的金融危机及立法对策 刘远征(313)
- 辛亥革命与中国法律近代化 邱远猷(323)
- 中国法律的变革与外来法律资源的本土化
..... 郭成伟 郭瑞卿(335)
- 论少数民族传统习惯的自治性格及其现代意义
——以广西大瑶山石牌制为研究范例
..... 童光政 袁翠微(349)

三、思想史研究

- 二十一世纪中国法律思想史研究的走向
..... 杨鹤皋(361)
- 《吕刑》中的民本思想及与法治的关系 ... 张明泽(372)
- 商鞅法治理论若干问题及其现代借鉴 ... 萧伯符(379)
- 秦代以后法家及其发展变迁 徐祥民(396)
- 礼乐最重要,法令不可少
——司马迁的法律思想 华友根(409)
- “法天而行”:董仲舒天论的民本主义倾向
..... 曾振宇(420)
- 反国家主义:儒家法律思想的一个基本倾向
..... 王 强(438)
- 论梁漱溟的地方自治思想 武 乾(447)
- 近代中国对“权利”概念的接纳 赵 明(459)
- 市场经济视野中的义利之辩 ... 杨永华 叶晓川(473)

四、司法问题研究

- 试析中国古代社会中的“法官” 马小红(491)
- 中国古代法官小考 陈景良(502)
- 儒家思想与法官职业道德建设 春 杨(508)
- 中国审级制度的历史传统与现代改革 ... 汪世荣(520)
- 试探中国古代直诉中的自残现象 张全民(539)
- “洋为中用”话息讼 金 敏(539)
- 清末司法独立观念的引进和法制变革 ... 郭志祥(548)
- 清末司法改革原因研究 李启成(559)
- 社会变迁与中国司法变革:从传统走向现代
..... 夏锦文(571)
- 论国民政府时期司法腐败的防治机制及其功能
效应 张仁善(582)

- 司法与感情 [日]石川英昭 曲 阳译(593)

五、法学教育与法史学科建设

- 法学教育的世纪回眸与思考 周少元(600)

- 法律史学教学若干问题探讨 丁艳雅(609)

- 法史学科体系之探讨

..... 杨一凡(623)

- 中国法律史学会暨儒学与法律文化研究会 2001

年学术年会综述

..... 高 珣 林华昌 吉霁光 郑 取(633)

编后说明 (642)

一、法律文化研究

中国传统法文化与“以德治国”

刘 新

江泽民总书记从治国方略的高度提出依法治国与以德治国相结合的思想,是对我国传统法文化中的“法治”与“德治”思想的批判继承与发展,也是对新中国成立以来法制建设与道德建设经验的总结,这不仅对国家的长治久安和建设有中国特色社会主义事业具有重大的现实意义,而且对我国现代法文化建设也具有深远指导意义。

一、中国传统法文化的哲学基础与基本特征

中国传统法文化的哲学基础是人本主义。人本主义的基本特征是重视人的价值。粗略分析,它含有三层意思:一是人与人的关系。人本主义哲学认为,天地之间,人最为重要,人是宇宙的主人。中国传统哲学历来是讲“天人合一”。如孟子讲:“诚者天之道,思诚者人之道也。”^①庄子说:“天地与我并生,万物与我为一。”^②“天人合一”论是以“明天人之分”为基础的。人不应对抗自

然、破坏自然。但人在自然面前不应消极无为,而应发挥主观能动作用,认识自然,改造自然,利用自然。孔子说:“人能弘道,非道弘人。”意思是,人间的治乱兴废在于人事,而不在于天道。这种思想散见于我国古代大量典籍中。如:“唯人万物之灵”^③;“天生万物,唯人为贵”^④;“人者天地之心也”^⑤;只有人能“为天地立心,为生民立命,为往圣继绝学,为万世开太平。”^⑥荀子对此说得最为透彻:“大天而思之,孰之物蓄而制之;从天而颂之,孰与制天命而用之。”^⑦治理国家不能靠天,只能靠人类自己,人类依靠社会群体的力量,正确运用礼、德、政、刑,就能战胜自然,治理国家,把人间的事情办好。“人能胜乎天者,法也。”^⑧法律就是人类维护社会秩序和战胜自然的手段。二是人与神的关系。在中国从未形成一种与世俗政权对抗,甚至凌驾于世俗政权之上的宗教。远在三千年以前就出现了一种重人事、轻鬼神的思想。西周时期,周公就提出:“天不可信,我道惟宁王德延。”^⑨春秋时期,郑国的子产说:“天道远,人道迩,非所及也。”^⑩孔子更是“敬鬼神而远之。”^⑪“子不语怪、力、乱、神。”^⑫子路问事鬼神,孔子说:“未能事人,焉能事鬼。”^⑬这些话都表达了他在人事与鬼神的关系上所采取的现实主义态度。三是国与民的关系。在西周时期就出现了重民思想。周公曾反复强调统治者一定要“敬德保民”,要“惠民”、“裕民”。这种思想散见于《尚书》的许多篇章中。如:“人无于水监,当于民监。”^⑭当权者应该以民心的向背作为一面镜子,来察看自己为政的得失。“民之所欲,天必从之。”^⑮春秋时期形成了一股重民的思潮。《管子》说:“政之所兴,在顺民心;政之所废,在逆民心。”^⑯儒家就是这种重民思潮的集大成者。如孔子说:“君者,舟也;庶人者,水也。水则载舟,水则覆舟。”^⑰孟子说:“民为贵,社稷次之,君为轻。”^⑱荀子说:“天之生民,非为君也,天之立君,以为民也。”^⑲儒家这种重民思想的基本点,就是强调民为国本,国家的治乱安危皆取决于民心的向背。西汉时期的贾谊对此说得最为精辟。他说:“闻之于政也,民

无不为本也。国以为本,君以为本,吏以为本”,“故自古至于今,与民为仇者,有迟有速,而民必胜也”^④。儒家正是从这种民本主义思想出发,重视民心的向背,主张关心民间疾苦,先富后教,敛从其薄,刑罚适中,反对苛政与滥罚。这种民本主义思想是人本主义的重要内容,而人本主义正是中国传统法文化的哲学基础。

中国传统文化中的人本主义哲学是和宗法伦理紧密结合在一起的。因为中国的人本主义是重视人的价值,认为人是宇宙的主人。而伦理主义的特征就是重视人与人的关系,每个人都被置于一定的宗法伦理关系之中。父慈、子孝、兄友、弟恭、君义、臣忠,是每个人要恪守的道德规范和必尽的义务。所以,有人把中国古代的人本主义称为“道德的人本主义”,或“伦理关系的人本主义”。这种人本主义深深地扎根于以血缘关系为纽带,以宗法伦理为核心的宗法等级制度的土壤之中。与这种传统文化相适应,中国传统法文化也是伦理主义的法文化。以人本主义为哲学基础,以家族为本位,以血缘关系为纽带,以宗法伦理为核心是中国传统法文化的基本特征。其具体表现是:礼法结合,以礼统法;德刑并用,以德为主;重人治,轻法治;重刑法,轻民法;皇权至上,以言代法。这些特点很清楚地表明,我国传统法文化有许多封建糟粕。这些封建糟粕,当前已成为我国法制现代化的阻力。有的文章把传统法文化的消极因素对我国法制现代化的阻力概括为“消极避罪观念与积极守法的冲突;等级观念与法律面前人人平等的冲突;治吏以教观念与行政法治的冲突;政刑不分与司法独立的冲突;私了观念与公断意识的冲突”。很明显,这些都是我国社会主义法制建设和法制现代化中需要认真解决的问题。

但是,也应该看到,中国传统法文化是良莠混杂,既有糟粕,也有精华,具有明显的两重性。对中国传统法文化应该实事求是,具体分析。在我国法制现代化的进程中,传统法文化中也有些积极因素可以继承与发扬。在这里不全面论及,仅对传统法文化中

的“以德治国”，略加分析。在历史上，儒家所提倡的“以德治国”，有以下几点值得重视：

1. 注重道德教化，重视犯罪预防

儒家向来以重视道德教化著称。孔子说：“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。”^②孟子说：“德之流行，速于置邮而传命。”^③《礼记·经解》：“礼之教化也微，其止邪也于未形，使人日徙善远恶而不自知。”西汉时期，董仲舒更明确地提出一套系统的“德主刑辅”说，并成为封建正统法律思想的主要内容。所谓“德主刑辅”，从本质上说，是儒家为封建统治者所设计的一种统治术；然而，重视道德教化，注重犯罪预防，主张标本兼治，作为一种法律学说在历史上还是有积极意义的，直到今天也没有完全失去它的价值。

2. 要求当权者严于律己

儒家讲道德、说仁义，不只是讲给别人听的，而是主张修德必须从自身做起。儒家一套修、齐、治、平的理论是以自己正心、修身为起点。正如《大学》所说：“古之欲明明德于天下者，先治其国。欲治其国者，先齐其家。欲齐其家者，先修其身。……身修而后家齐，家齐而后国治，国治而后天下平。”这就是儒家提倡的为人、处事和为政的哲学。孔子关于正人必先正己的言论很多，如：“政者正也，子帅以正，孰敢不正。”^④“其身正，不令而行；其身不正，虽令不从。”^⑤“不能正其身，如正人何？”^⑥“修己以安百姓。”^⑦“躬自厚而薄责于人。”^⑧儒家提倡的这种严于律己的精神影响深远。中国历史上出现的贤相良臣都是这种思想的实践者。诸葛亮、范仲淹、包拯、王安石、海瑞等人就是最突出的代表。

3. 刚正不阿，执法严明

中国传统法文化有个刚正不阿、执法严明的好传统。儒家从其“以德治国”思想出发，提倡在听讼断案中要讲司法道德。孔子主张以“直道”执法，“据法听讼，无有所阿”。晋国叔向“治国制刑，

不隐于亲”，孔子赞扬叔向是“古之遗直”；诸葛亮治蜀“科教严明，赏罚公平”；包拯铁面无私，不畏权贵；海瑞刚正清廉，秉公执法，等等，都是对这一传统的继承与发扬。

4. 精选官吏，贤良执法

在我国法文化史上，精选官吏和贤良执法的思想早已出现。《史记·鲁周公世家》说：周公“一沐三捉发，一饭三吐哺，起以待士，犹恐失天下之贤人”。他告诫成王，不可任用奸邪，“其惟吉士，用勋相我国家”^⑧。只有贤良吉士才能把国家治理好，必须选拔贤良充任准人、牧夫来管理行政与司法事务。后来，《尚书·吕刑》更明确提出：“非佞折狱，惟良折狱”，“哀矜折狱”。断狱不应靠巧言善辩，而要靠贤者怀着“哀矜”之心公正不偏，恰当处理。

儒家从伦理主义思想出发，极力提倡贤人治国和贤良执法。孔子说：“为政在人”^⑨，“举直错诸枉则民服，举枉错诸直则民不服”^⑩。孟子说：“徒善不足以为政，徒法不能以自行。”^⑪荀子也认为：“法不能独立，类不能自行，得其人则存，失其人则亡。”^⑫这些言论过分夸大当权者个人的作用，有明显的“人治”思想和道德万能论的色彩。但儒家重视道德在治国中的作用，重视当权者的道德品质，认为治国需要良法，更需要有良吏，没有贤良执法，再好的法也起不了作用，这些见解是可取的。法与德都是治国所不可缺少的。

二、治国必须法德并重

治国是应该重法还是重德的问题，在我国历史上争论已久。但争论归争论，历史事实是任何一个朝代要想把国家治理好，既离不开法，也离不开德，治国应法德并重。为什么如此？下面从法理学和历史经验两方面略作论述。

法与德是两种不同的行为规范，两者范畴不同。法与德的区

别,大致有以下几点:

(1) 法是由国家制定或认可的。法具有国家的权威性。道德是人类社会长期发展的产物,是风俗习惯或某些历史人物倡导的行为规范,经过历史的检验和人们的认可而逐渐形成的。道德不具有国家的权威性。

(2) 法是靠国家强制力保证执行的。道德则主要是靠社会舆论、人们的信念、传统习惯和教育的力量而被人们自觉遵守。

(3) 法律规范是通过规定社会关系的参加者的权利与义务来确认、保护和发展一定的社会关系。法与权利、义务密不可分。道德规范则基本上是义务性的。履行道德规范并非为了谋求个人的某种权利,而是自觉自愿,不图回报。

(4) 相对来说,道德规范调整的社会关系的范围 and 在社会生活中所起的作用,比法更为广泛和深入,它对人们行为的支配,有时是法所不能做到的。但由于道德没有法的强制作用,要调整人们的社会关系和维护社会秩序,单靠道德是远远不够的,还必须依靠法。

近代著名学者和思想家梁启超在评论先秦儒、法两家的学说时曾指出:两家的学说各有优点和缺点。儒家重视道德教化是其长处,缺点是忽视法律的作用;法家重视法律的作用是其长处,但忽视道德的作用,鼓吹法律万能论则不可取。因此,对两家的学说应扬其所长,避其所短,既要重视法律的作用,也要重视道德的作用。为什么要这样?梁启超进一步论证说:

(1) 社会生活具有多样性、复杂性。法律不能包罗万象,也不是万能。“一尺可以尽物之长短,一衡可以尽物之轻重”。可是法作为“国之权衡”所衡量的对象是人,而人际关系和社会生活是千头万绪,复杂多变,不能“百度皆准于法”^⑥,不可能处处事事都靠法律来解决。

(2) 法与道德的作用不同。梁启超赞同《礼记》所说:“礼者禁