

法学学术研究丛书

中国 法律思想 史纲 (修订)



马作武◎著

中山大学出版社

中山大学学术研究丛书

D909.2/29

2007

中国 法律思想



史纲 (修订)

马作武◎著

中山大学出版社
· 广州 ·

版权所有 翻印必究

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法律思想史纲/马作武编. —广州: 中山大学出版社,
1998. 4 (2007. 5 修订)

ISBN 978 - 7 - 306 - 01408 - 5

I. 中… II. 马… III. ①法律 - 思想史 - 中国②法学史 - 中
国 IV. D909. 2

责任编辑: 王 润

封面设计: 方楚涓

责任校对: 业 冰

责任技编: 黄少伟

出版发行: 中山大学出版社

编辑部电话: (020) 84111996, 84113349

发行部电话: (020) 84111998, 84111160

地 址: 广州市新港西路 135 号

邮 编: 510275

传 真: (020) 84036565

印 刷 者: 广州市番禺市桥印刷厂

经 销 者: 广东新华发行集团

规 格: 850mm × 1168mm 1/32 12.75 印张 318 千字

版次印次: 1998 年 4 月第 1 版 2007 年 5 月修订 2007 年 5 月第 4 次印刷

定 价: 22.00 元 印数: 5501 - 8000 册

本书如有印装质量问题影响阅读, 请与承印厂联系调换

目 录

上编 中国古代法律思想

概 述	(3)
第一章 先秦三代的法律思想	(9)
第一节 夏朝神权法思想的萌生	(10)
第二节 商朝的法律思想	(11)
一、商朝的神权法思想	(11)
二、商朝的王权专制思想	(12)
第三节 西周的法律思想	(14)
一、神权法思想的式微与明德慎罚思想的兴起	(14)
二、西周的礼治思想	(17)
第二章 春秋战国时期的法律思想	(23)
第一节 春秋时期革新家的法律思想	(24)
一、管仲	(25)
二、子产	(31)
三、邓析	(34)
第二节 儒家的法律思想	(37)
一、孔子	(38)
二、孟子	(61)
三、荀子	(65)

第三节 墨家的法律思想	(74)
一、墨家及其法律思想的特点	(74)
二、墨翟	(77)
第四节 道家的法律思想	(84)
一、《老子》	(85)
二、庄子	(90)
第五节 法家的法律思想	(98)
一、法家的所谓“法”与“法治”	(99)
二、商鞅	(103)
三、韩非	(111)
第三章 秦汉时期的法律思想	(120)
第一节 秦朝皇权专制思想	(122)
一、皇帝至上的极端专制政治论	(122)
二、思想文化的专制统治	(124)
三、严刑峻罚的刑法观	(125)
第二节 汉初黄老之学的法律思想	(126)
一、文武并举、“德刑相济”	(128)
二、“设刑者不厌轻”	(129)
三、“稀力役而省贡献”	(130)
第三节 贾 谊	(132)
一、民为“万世之本”	(132)
二、礼法结合，以礼为先	(134)
三、礼重等级，刑有差别	(135)
第四节 汉武帝（刘彻）	(137)
第五节 董仲舒	(142)
一、君权神授与君主专制	(142)
二、阴阳合分论与“三纲五常”	(144)
三、阴阳之道与德主刑辅	(146)

四、《春秋》决狱与“论心定罪”	(147)
第六节 正统法律思想与法律的儒家化	(149)
一、对先秦儒家法律思想的总结	(150)
二、儒学的发展与正统法律思想的形成	(157)
三、古代正统法律思想的特征	(159)
四、中国古代法律的儒家化	(162)
第四章 唐宋时期的法律思想	(168)
第一节 贞观统治集团的法律思想	(168)
一、“安人宁国”、“先存百姓”	(169)
二、立法务在“简约”、“宽厚”	(171)
三、执法力求慎狱恤刑	(172)
四、理狱断案必须严明求实	(173)
第二节 《唐律疏议》中的法律思想	(174)
一、德礼为本，刑罚为用	(175)
二、维护“三纲”	(177)
三、维护社会等级	(181)
第三节 韩 愈	(183)
一、道统论与君主专制主义	(183)
二、“性三品”说与社会等级观	(185)
三、德刑并重的刑法观	(186)
第四节 柳宗元	(187)
一、国家、法律起源论	(187)
二、天与刑论	(188)
三、复仇论	(190)
第五节 白居易	(191)
一、刑、礼、道“迭相为用”	(191)
二、关于犯罪与刑法	(192)
三、“悬法学为上科”	(194)

四、断狱“不背人情、合于法意”	(195)
第六节 包拯	(197)
一、“于国有利、于民无害”的经济立法原则	(197)
二、“法存画一”，不可朝令夕改	(198)
三、“贪者，民之贼也”	(199)
四、“去刻薄”、轻刑法	(200)
五、慎狱讼	(200)
第七节 王安石	(201)
一、“三不足”的变法理论	(202)
二、“大明法度”、“众建贤才”	(206)
三、“有司议罪，惟当守法”	(208)
第八节 两宋理学的政治法律意义	(209)
一、理学的源流与发展	(210)
二、理学基本论题及其政治法律意义	(211)
三、理学对古代正统法律思想的影响	(215)
第九节 朱熹	(217)
一、君主专制与等级差别论	(218)
二、表面矛盾的德刑关系论	(219)
三、听讼以“权”	(223)
第五章 明清之际的法律思想	(225)
第一节 黄宗羲	(225)
一、“为天下之大害者，君而已矣”	(226)
二、“一家之法”乃“非法之法”	(227)
三、君臣分治与学校议政	(228)
四、减轻赋税，“工商皆本”	(230)
第二节 顾炎武	(232)
一、庶人议政与百官分治	(232)
二、法繁弊生	(234)

三、“以宗法治天下”	(235)
第三节 王夫之	(237)
一、尊君与分权	(238)
二、进化观与变法论	(239)
三、“宽以养民、严以治吏”	(240)

下编 中国近代法律思想

概 述	(245)
第六章 地主阶级改革派的法律思想	(247)
第一节 龚自珍	(247)
一、揭露法制的腐败，主张“更法改图”	(248)
二、国家、礼乐、刑法起源于“农”说	(250)
三、主张德主刑辅，严刑禁绝鸦片	(251)
第二节 魏 源	(253)
一、“因时制变”的变法论	(254)
二、广开言路，百姓议政	(256)
三、赞扬西方的政治法律制度	(257)
第七章 太平天国的法律思想	(259)
第一节 洪秀全	(259)
一、农民阶级的朴素平等观	(260)
二、废“妖法”、立“天法”	(262)
三、皇权思想与政治等级观	(264)
四、重刑观	(265)
第二节 洪仁玕	(267)
一、“国家以法制为先”	(268)
二、发展社会经济、文化的立法设想	(269)
三、改良刑制，“教、法兼行”	(270)

第八章 洋务派与资产阶级改良派的法律思想	(273)
第一节 洋务派的法律思想	(274)
一、“变器不变道”与“中体西用”	(275)
二、整顿中法、采用西法	(276)
三、宽表猛里的刑法观	(279)
第二节 早期改良派的法律思想	(280)
一、“行君民共主之制”	(281)
二、“痛改积习、更定刑章”	(284)
三、立“保商”、“护商”之法	(287)
四、改良司法、澄清狱政	(291)
第三节 后期改良派的法律思想	(297)
一、康有为	(297)
二、梁启超	(311)
三、谭嗣同	(319)
四、严复	(325)
第九章 清末修律派的法律思想与“礼、法之争”	(333)
第一节 修律的思想酝酿	(334)
第二节 清末修律两大臣的法律思想	(338)
一、沈家本	(338)
二、伍廷芳	(353)
第三节 礼、法两派之争	(363)
第十章 资产阶级革命派的法律思想	(369)
第一节 孙中山	(370)
一、三民主义的立法纲领	(371)
二、“自由、平等、博爱”的法律观	(375)
三、五权宪法说和权能分治论	(379)
第二节 章太炎	(382)
一、建立总统制民主共和国的方案	(384)

二、“损上益下”的立法原则	(386)
三、“专以法律为治”	(390)
主要参考文献	(393)
跋	(396)

上 编

中国古代法律思想

概 述

从有文字记载的历史开始，到 1840 年鸦片战争止，是中国历史上的古代社会。

在这大约四千年的历史长河中，我们的祖先用他们智慧的大脑和勤劳的双手垒起了一座博大、深邃而又凝重的文化山脉，法律思想则是这座山脉中一个醒目的侧峰。

自从国家及法律产生之后，我们的祖先就开始从不同的角度、运用不同的思维方式穷根究底地思考法律本身以及与之密切相关的各种问题，从而形成了各式各样、丰富多彩的法律观。在整个古代，思想家代有人出，观点也日新月异，在特定的历史条件下，最大限度地丰富了中国古代法律思想史的内容。

为了追求一种简明的编写体例，同时也是为了把握中国古代法律思想发展的主要脉络，本书将以先秦三代、春秋战国、秦汉、唐宋及明清之际一共五个部分作为古代法律思想史的时期划分，它们代表了古代法律思想发展的各个重要时期，完全可以全面、准确地反映古代法律思想产生、发展、主流的形成以及演变的基本过程。

先秦三代被称为奴隶制时期，是中国文明史上的初级阶段。由于历史以及材料的局限，这一时期的法律思想主要来源于统治者，尤其是最高统治者。初始是神权法思想一统天下，随着西周礼治的兴起、神权的式微，法律思想迅速摆脱神权的束缚而走向现实，这就为春秋战国时期法律思想的繁荣提供了前提。春秋战国时期，社会的裂变造就了思想领域的空前繁荣，这是古代法律思想最活跃、最富成果的黄金时段。无论是个人，还是某个学

派，他们在积极而深入地思考各种政治及社会问题的同时，也极有兴趣地探讨了多方面的法律问题，形成了诸多各具特色的法律观。可以毫不夸张地说，中国古代法律思想的主要范畴在此时期已经形成，其思路的整体构架业已搭就。终古之世，法律思想的发展基本没有超出这一时期探讨的范围。只不过是春秋战国时期，各种学说和思想是在互竞短长，而秦汉以后，先是法家独宠专房，然后是儒家夺嫡成功，最终形成了以儒家为核心的正统法律思想，并贯穿于整个古代社会。《唐律》的出现，正是正统法律思想物化的结晶，而两宋理学则是在更高的层次对之进行了完善。只是到了明清之际，从启蒙思想家们所发出的新声音中，才透露出了正统法律思想开始日薄西山的信息。

法律是政治的附庸，中国古代社会贯穿始终的君主专制的政治统治和大一统的文化氛围，决定了古代法律思想内容相对贫乏、观念停滞不前的特征。像其他所有领域一样，法律思想领域在专制主义的束缚和禁锢之下，没有也不可能形成真正的繁荣，而是停留在日复一日、不厌其烦地解说、完善一系列古老的教条和陈旧的观念的循环之中，甚至是在精心地为专制政治罗织精神的法网。从某种意义上说，中国古代法律思想史就是正统法律思想形成、发展、流变的历史，而正统法律思想乃是整个君主专制政治思想体系中最重要骨架之一。

关于中国古代法律思想的基本精神，我归纳为如下几点：

1. 专制主义。许多研究者多少有些忽视这个问题，其实，专制主义才是中国传统法律文化的最根本精神。中国社会从夏朝开始直至辛亥革命以前，四千年王朝轮替、世道轮回，却从不曾摆脱君主集权专制政治的宿命，不曾摆脱专制主义的思想统治。传统法律其实是专制政治的一部分，是专制政治统治不可或缺的最重要工具，而古代的法律思想则是专制政治的理论基石。

2. 刑治主义。它由专制主义所派生，因为专制政治的维系

完全依赖于国家强权和暴力，刑事镇压是其最倚重和最常用的统治手段。刑治主义的表现：①传统的法律思想及学说主要围绕刑法范畴，而极少扩展到其他领域。②刑事立法是中国古代的主要立法活动，历朝历代的基本法典都是刑法典。③刑法内容明显表现出重刑主义的倾向。④泛刑法化，刑法的功用被放大，国家刻意扩大了刑法调整的范围。

3. 礼治主义。礼是儒家的最高价值准则，当然也是传统文化的最高价值准则。中国传统社会或被称为“礼法社会”，深刻反映了传统法律礼法合一的本质。一方面，礼与刑是本与用的关系，“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”（《唐律疏议》）。另一方面，在私法领域，表现为非成文法传统，礼治本身从一定意义上说意味着一种法律秩序，古代民法的精神原则和礼治主义是重合的。

4. 家族主义。中国古代社会又称为宗法社会，宗法家族制度与国家政治制度相融合，家国一体、家国同构。个人主义被家族主义的汪洋大海所湮灭。家族主义在法律上的表现：①“三纲五常”是立法的最高原则，是非曲直的标准与伦理道德准则基本一致。②调整以父权为核心的家族间权利义务关系的法律在整个法律体系中占有重要地位，以至于人们将中国古代法称为“伦理法”。③宗规族法具有准法律地位，在民间生活中发挥着重要的作用。家长、族长分享了部分的国家司法权，并得到了国家的认可。

5. “自然主义”。这里的所谓“自然主义”有两个来源，一是道家“法自然”的自然秩序观，一是儒家“天人合一”的自然和谐观，两者共同造就了传统法律文化中的“自然主义”精神，表现为：“天理”与国法往往相提并论；司法活动要顺应“天道”；为了免遭“天谴”而提倡慎狱恤刑；视诉讼为对和谐秩序的破坏，“非讼”、“贱讼”是社会主流法律意识，等等。

上面总结的中国法律思想的基本精神，其实也是对诸多学者观点的归纳，结论本应是没有歧义的。而令人疑惑的是，每当人们从传统文化的角度对中国古代法律进行评价的时候，免不了有一些溢美之辞、赞许之意，绝大多数的学者选择的是从总体上对中国传统法律文化作出肯定的评价。显然，在一个具有悠久文明历史传统的国度，文化的优越感是社会公众难以解开的内心情结；而对一个近代以来饱受凌辱历尽沧桑的民族而言，信古、崇古、好古乃是人们寻求精神慰藉的必然。许多国学大师出于敝帚自珍的心态，也要求人们把对本国历史所具之“温情与敬意”作为阅读的前提。^①于是，当我们将作为中国历史一部分的古代法律思想文化作评价的时候，多了一些感情用事的成分，而缺乏的是批判和反省的立场以及理性主义的精神。这一方面歪曲和掩盖了历史的真实，因为从上面对中国传统法律文化基本精神的总结看，除了“自然主义”的精神不乏一些积极和正面的价值外，其他都是十足的糟粕。我们不仅不能从中提炼出传统法律文化的“优良性”，而是恰恰相反。另一方面，作为所谓“社会良心”的知识分子，批判精神应该成为其安身立命的基本学术态度，尤其是当他发现谬说被误作确论而蒙蔽世道人心的时候，批判更是一种使命。而对历史而言，反省与批判是社会发展的真正动力。

① 参见钱穆：《国史大纲》（修订本）卷首，商务印书馆1996年版。陈寅恪先生曾说：“凡著中国古代哲学史者，其对于古人之学说，应具了解之同情，方可下笔。……所谓真了解者，必神游冥想，与立说之古人，处于同一境界，而对于其持论所以不得不如是之苦心孤诣，表一种之同情，始能批评其学说之是非得失，而无隔阂肤廓之论。否则数千年前之陈言旧说，与今日之情势迥殊，何一不可以可笑可怪目之乎？”（参见《冯友兰中国哲学史上册审查报告》，载《金明馆丛稿二编》，上海古籍出版社1980年版。）窃以为陈寅恪先生所言特指中国古代哲学史，与政治及法律史毕竟不同。

对中国传统法律文化的现代价值保持一种反思和批判的立场，并不意味着对传统法律文化的研究丧失意义，事实正相反。以史为镜，可以知兴衰。中国的现在及未来，是中国历史的延续与发展，所以读懂法律的历史，可以帮助我们认识法律的现在和把握法律的未来走向。更紧要的是，我们今天达成的对现代法治社会的共识，其基本价值体系和核心精神主要是外来的，但我们有许多人，本着朴素的民族感情和惯性的思维，偏要孜孜不倦从历史中寻找和发掘。结果，他们“发现”中国古代有“民主”、“法治”，“发现”中国传统法律文化的主体是优秀的，应该成为我们建构现代法治的资源。结论确实令人鼓舞，难怪引发了许多的共鸣。但问题的严重性也在于此。因为只要作一点严谨、冷静而又客观的研究和分析，就不难发现中国古代所谓“民主”思想，纯属子虚乌有的杜撰；所谓“法治”思想，则无异于专制主义的另一种表述。而如果我们错把糟粕当作精华去发扬光大，当作本土资源去建设现代法治，只会带来南辕北辙的结果。这方面的教训实在是太深刻了，应当引起人们的高度警觉。

不可否认，中国传统文化博大精深，内涵极其丰富，但其中精华与糟粕互见，这就需要我们认真地挖掘、辨析和甄别。古代一些思想家们即便生活在不能创造新文化、新思维的恶劣环境中，但依然闪现出一些思想的火花，这些火花虽然远不足以照亮黑暗，但毕竟刺破了天地一统的重重黑幕。它们虽然很微弱、甚至也很短暂，但历史价值极高。所以，那些中国古代法律思想家们自觉或不自觉地抒发出的具有历史甚至现实价值的观点或言论，是学习、研究中国古代法律思想史最值得认真挖掘和总结的。我也希望继承和发扬中国优秀的法律文化传统，但面对传统我们更应该保持清醒。恩格斯说过：“传统是一种巨大的阻力，是历史的惰性力，一定会被站在新的文化立场上的革命力量所摧毁。”（《马克思恩格斯全集》第22卷，第360页）就当今中国在推进