

zhongguo Falü Sixiangshi

法学系列



法学系列

郭建 主编

中国法律思想史



复旦大学出版社

www.fudanpress.com.cn



法律史刊

中国法律思想史

中国法律思想史



中国政法大学出版社

CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW PRESS

D909.2/32

2007



法学系列

郭 建 主编 姚荣涛 副主编

中国法律思想史



復旦大學 出版社

www.fudanpress.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

中国法律思想史/郭建主编. —上海:复旦大学出版社,2007.9
(复旦博学·法学系列)
ISBN 978-7-309-05735-5

I. 中… II. 郭… III. 法律-思想史-中国-高等学校-教材
IV. D909.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第138816号

中国法律思想史

郭建 主编

出版发行 复旦大学出版社 上海市国权路579号 邮编 200433
86-21-65642857(门市零售)
86-21-65100562(团体订购) 86-21-65109143(外埠邮购)
fupnet@fudanpress.com http://www.fudanpress.com

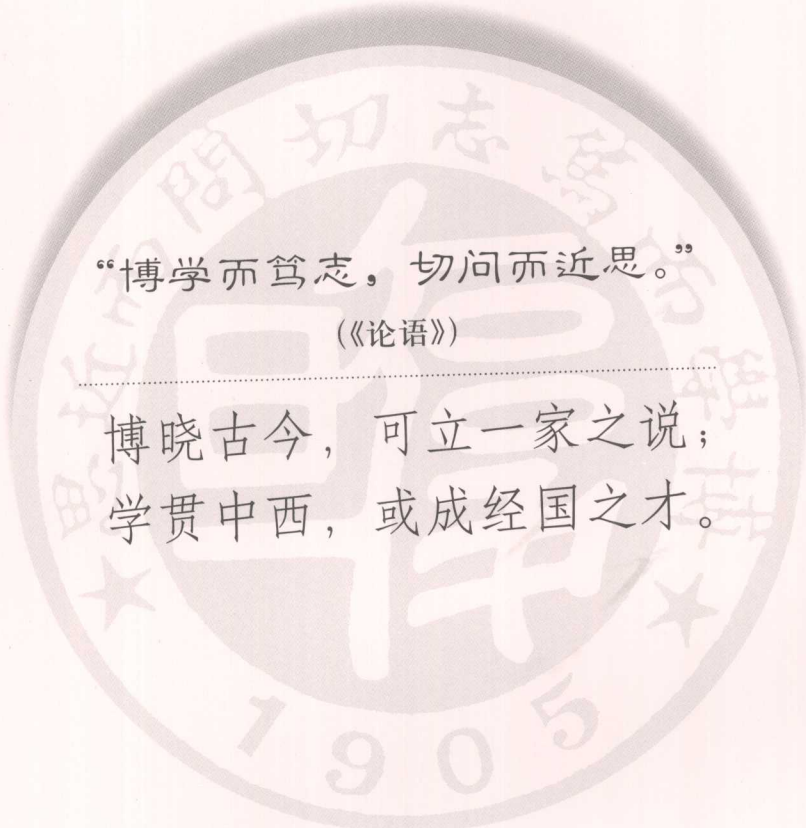
责任编辑 张永彬 张炼
总编辑 高若海
出品人 贺圣遂

印刷 上海华业装潢印刷厂有限公司
开本 787×960 1/16
印张 21.75
字数 431千
版次 2007年9月第一版第一次印刷
印数 1—5100

书号 ISBN 978-7-309-05735-5/D·347
定价 35.00元

如有印装质量问题,请向复旦大学出版社发行部调换。

版权所有 侵权必究

A large, faint watermark of the Fudan University seal is centered on the page. The seal is circular with the university's name in Chinese and English around the perimeter, and the year 1905 at the bottom. In the center is a stylized character.

“博学而笃志，切问而近思。”

(《论语》)

博晓古今，可立一家之说；
学贯中西，或成经国之才。

复旦博学 · 复旦博学 · 复旦博学 · 复旦博学 · 复旦博学 · 复旦博学

主编简介

郭建，男，1956年9月出生于上海，复旦大学法学院教授。1982年毕业于华东师范大学历史系，获历史学学士学位。1985年毕业于复旦大学法律系法制史专业，获法学硕士学位。以后留校任教至今。主要论著有《帝国缩影》、《中华文化通志·法律志》（第一作者）、《中国法制史》（法律硕士教材，第一作者）、《中国财产法史稿》、《中国古代民事法律文化基本特征概述》、《“坑”考》等。参与了《中国民法史》（副主编）、《中国学术名著提要·政治法律卷》（副主编）等著作的编写。译作有《日本民法债权总论》、《英美法》等。

内 容 提 要

本书全面论述了自先秦至民国中国历史上探讨研究法律问题的学说、学派及主要的思想家，以及民间对于法律问题的态度与认识，总结并分析中国传统社会法律思想的发展脉络和基本特性。本书吸取了近年来中国法律思想史学科研究的最新成果，尤其是加强了对民间传统法律意识的概括与总结，以及对于近代中国法律思想重大变革的介绍分析。在体例结构上，本书采用了学派、专题来区分章节，更突出了重点，防止内容重复。本书每章都设置了“本章要点”、“本章小结”、“参考阅读书目”等栏目，特意设置了“资料”、“人物”、“解说”等阅读栏目，并配有50余幅相关插图，来帮助读者掌握内容、加深印象。全书结构新颖，条理清晰，文字流畅，是法律专业师生和广大法律爱好者研习中国法律思想史的理想教材和适用读物。

主 编 郭 建

副主编 姚荣涛

撰稿人 (以撰写章节先后为序)

郭 建 袁兆春 顾俊杰

于语和 王志强 徐忠明

姚少杰 韩秀桃 姚荣涛

前言

一

中国法律思想史是法学的一门分支学科,也是法学本科教育的一门基础性课程。

中国法律思想史学科研究的对象是:中国历史上有关法律的主要理论学说的发展脉络、基本特色,这些理论学说对于中国历代的立法以及司法活动的影响;历史上民众对于法律的普遍的看法,对于法律知识的掌握与认识;以及上述的传统理论学说、民众的法律意识对于当代中国社会的影响。通过这类研究,力图从中总结历史经验教训,为建设具有中国特色的社会主义法治国家服务。

二

有关法律的思想伴随着法律的形成而出现,并随社会和法律的发展而发展。根据历史唯物主义的观点,法律思想是社会物质生活条件的反映,受着社会经济基础的制约;同时根据上层建筑对于经济基础的反作用的原理,统治阶级的法律思想又往往会指导统治者的立法活动,从而又会对社会发展产生巨大的影响。

中国早在商、周两个朝代就已经形成了相当完整的法律,也开始形成有系统的法律思想。西周统治者提出的“明德慎罚”思想,对于后世发生了极其深远的影响。

春秋战国时期(公元前 770—前 221)是中国社会大变革时期,思想界更是空前绝后的活跃,出现了“百家争鸣”的繁荣景象。随着中国法律制度在这一时期迅速走向以皇朝制定法为主体的成文法体系,法律问题受到了高度的重视,诸子百家几乎都涉及这个问题。其中最为著名的就是儒家和法家。儒家着重于对周礼的研究和总结,认为统治者应该注重对于民众的教化,法律只能起辅助的作用,从而建立了后世称之为“礼教”的思想体系。法家则旗帜鲜明地提倡“法治”,并对于法律的起源、法律的性质、法律的功效等问题进行了相当透彻的分析,对各诸侯国的“变法”改革政治、社会体制发生了重大影响。其他的道家、墨家、名家等学派也从不同



的角度、用不同的方法将法律问题的讨论推向深入。阴阳五行家则从超自然力量的角度论述政治和法律问题,为当时的统治者提供了最现实的维持统治的口实。

“百家争鸣”时代的学说基本奠定了以后两千多年法律思想的基本面貌。自秦朝后大一统政治局面形成,如何更好地维护和巩固这种君主专制中央集权,成为以后两千多年中国思想界讨论问题的出发点和中心任务。两汉时经改造的儒家礼教逐渐成为一种正统的官方理论,其对法律的定位和论断也就成为指导立法和司法实践的重要因素。思想的争鸣已经过时,不能再被统治者所容忍,只是在若干的具体问题上后世的思想家有一定的发展。

鸦片战争开始打破中国传统社会的结构,随着空前的统治危机以及民族危机的加剧,反映在思想界也再次出现了争鸣的局面。19世纪末的维新运动开始批判传统的法律制度,新的思想、新的学说开始大量涌现,尤其是欧美的法律学说开始传入,猛烈地冲击中国思想界。这一趋势在20世纪初依旧存在,随着法律制度的迅速改革、近代化的法律教育体制的建立,以及法律职业集团的初步形成,现代意义上的法学学科得以建立。然而由于20世纪初中国处在长期的战乱之中,并没有具备建设近代化法制所需要的稳定的社会条件,也没有给思想界充分吸收消化匆忙引进的欧美各类法学流派的机会,更没有创立本土法学学派的可能。尤其是引进的法律制度、法学学说和中国社会脱节,形成了西化的社会精英阶层法律思想和保留传统观念的民间法律意识的巨大鸿沟。

三

长期以来,中国传统社会的主流法律思想并未发生实质性的重大变化,源远流长,自成体系,几乎很难发现受到外来思想影响的痕迹。见于汗牛充栋的各类古籍中涉及法律的学说、议论,从总体上来说,其主要的特点有如下几个方面。

1. 较早脱离宗教影响

世界上很多地区的古代文明往往都将法律视为神灵的规定,奉为神圣,法律的权威也被认为是来自神灵,法律长期和宗教的戒律混同,诉讼审判的程序也充满神秘的色彩。但是中国古代的思想家很早就摆脱了神灵、宗教的束缚,春秋战国时期有很多的思想家是从人类社会本身来寻找法律的起源、法律权威性的来源等问题的答案。很多思想家都明确指出法律是人类社会生活的组成部分,是由人类自己创设的,其权威来自人类社会本身的政治力量。在以后漫长的历史时期,各朝各代的思想家也很少将法律问题归结为宗教或神秘问题,主流思想家都认为法律并非是反映“天道”、“天理”等非人格化的神秘力量的最完备的方式。

2. 将法律视为简单工具的倾向

早在春秋战国时期的思想家就已经相当一致地将法律视为君主进行专制统治

的一种统治工具。只是君主应该在多大程度上依靠这种工具上,才有儒家和法家的区别。在以后的历史发展中,这一观念仍然长期发生影响。主流思想家一般都将法律视为一种简单的政治工具,只能在“礼教”的指导下、在儒家君子的“人治”运用下,起到有限的、辅助性质的社会治理作用。

3. 涉及法律的讨论范围较为狭窄

中国古代思想家有关法律问题的讨论总的来说主要集中于法律对于维持君主统治、帮助进行“教化”究竟能够发挥多大程度的作用方面,至于其他在现代看来应该作为法律问题来讨论的问题,则往往被忽略。论题几乎都集中在上对下的社会关系如何以法律建立、如何进行调整的方面,至于下对上的社会关系,或者是在同一社会等级内如何以法律调整的问题则很少涉及。比如在君主与法律的关系问题上,君主是否应该遵守法律的问题,长期以来很少有人进行深入讨论。有关民间的各类财产关系是否应该给予明确的规范、如何进行规范的问题,也几乎从未进入哪位思想家的视野。

4. 没有专门的法学家集团

从严格意义上来说,中国古代并不存在“法学”这样的学科,也没有法律职业集团。因此现代意义上的法学家,或者法学流派也无从产生。思想家们只是在讨论政治、社会问题时附带讨论法律问题。这就不可避免地带来难以从技术层面上讨论法律问题的缺陷,难以将复杂的社会问题简化为一些可操作的法律观念来进行讨论,使得法律体系本身的发展较为缓慢。

另外,对于广大社会下层民众而言,法律是一种异己的、代表统治的、难以预料后果的规范体系,可以设法利用,但并非可以依靠,远远没有明君、清官来得可靠。因此长期以来民众形成了漠视法律的传统观念,规避法律往往成为一种求生的本能。但同时又往往要利用法律在纠纷中获得有利地位,因此在民间,所谓“厌讼”和“缠讼”的现象同时并存,在明清时期大有愈演愈烈之势。

虽然中国古代的思想家很早就开始注意区分法律与宗教神鬼的关联,但是对于广大的民众来说,冥冥中的“善恶报应”是迫使社会成员遵守社会秩序的更有效的动力。实际上民间所熟悉的并非是各代思想家的著作,而是一些如《太上感应篇》那样的宣扬善恶报应的“教化”通俗读物。不少皇帝颁布的教化民众的谕旨,也都是以报应来规劝臣民不要轻易犯法。因此报应思想是中国古代社会民众法律思想的一个重要的组成部分。

四

自从20世纪70年代末法学教育得以恢复以来,中国法律思想史课程就一直是各法律院系的法学基础课程之一,已出版的教材也有十几种之多。本教材作为



“复旦博学·法学”系列之一种,力图要凸显在新世纪法学教育方面的一些新的想法。主要考虑按照这样几个原则来进行编写:

1. 本教材的读者应该是学习法律的本科学生,因此教材应该适应读者的需要,树立学生第一的观念。要适应法学本科学生的情况,使学习法学的本科学生能够顺利阅读,并能够激发学生学习本课程的积极性,有利于法学本科学生学习。

2. 教材应该是科研成果的结晶,但本身并非研究专著。因此教材要吸收近年来中国法律思想史研究的最新成果,要站在学术的前沿;但又要做到深入浅出,客观介绍主要的观点,使读者容易接受,并形成基本的思路,了解研究现状。

3. 中国法律思想史课程所教授的是较为抽象的概念与观念,教材要防止流于空洞乏味的弊端。为了帮助学生掌握内容,教材要力求文字表达的生动,并可以一些能帮助理解的人物介绍以及典型的事例来说明问题。

4. 为检验学习效果,课程需要考试,教材也需要一定的便于考核的内容,但同时又要防止教材成为应付考试的“解题大全”。以帮助学生在接受授课和阅读教材后确立法治意识、提高认识能力为主要目的。

为了贯彻上述编写原则,我们在本教材的编写中注意了以下几方面的问题。

大多数法律思想史教材是按照思想家来分章节的,这种章节结构比较难以使学生掌握重点。出于上述的编写原则的考虑,我们在本教材的章节结构上做了这样的调整:在第一编的先秦部分采用了传统的按照学派来分章的方法;而在第二编的秦汉大一统局面形成后各个历史朝代,则基本采用按受到较多关注的一些专题来分章节;在第三编所涉及的受到各类新的法律思想冲击的19世纪末到20世纪上半叶时期,基本按照专题来分章节。

在内容的平衡取舍上,本教材在集中介绍中国古代各主要学派的法学观点的同时,也注重介绍近代以来思想家、政治家、法学家的法律思想;介绍统治者、社会精英阶层法律学说、法律思想的同时,也注重介绍传统社会中普通民众的法律观念和在民间流行的有关法律的谚语俗语。力图使学生掌握比较全面的、比较完整的中国传统法律思想的概貌。

古代思想家借以表达自己思想的文体在今天已经不再通行,作为专门的研究者,在阅读古代思想家的论著时并没有很大的困难,但作为法学本科学生来说,在阅读这些资料时就有相当大的困难。因此本教材的编写强调文字通俗易懂,所有的文言文史料都尽可能转换为口语化的现代文,凡引用的著名警句、精彩论断,都加上现代汉语的解释。

随着社会生活节奏的加快,以及现代传媒手段的不断更新,人们的阅读习惯正发生变化。为了适应这种趋势,本教材力图按照读者的眼光来编排版面。设置了历代思想家具有典型意义的论断段落作为阅读材料,和正文以不同的字体排列,

附加白话文译文。背景材料、典型事例以及人物介绍也都穿插于正文之中。学生可以连续阅读教材正文,也可以跳跃式地阅读这些材料。

五

本教材面向的主要是学习法学的本科学生。学生在学习本课程、阅读本教材时不妨注意以下几个方面。

首先,学生在开始这门课程的学习时,能够真正认识到学习中国法律思想史的意义。跨入法学院校大门的学生,是中国实现社会主义法治国家宏伟工程的建设者。了解中国国情,是承担这一重任的建设者必须具备的条件。中国法律思想史课程就是了解中国在法律文化传统方面国情的重要途径。20世纪以来中国迅速地引进欧美国家的法律制度、法学思想,乃至整套的法律术语,但是几千年文化积淀的社会法律意识并没有随之同步转化,传统的法律观念仍然作为一种社会习惯势力在影响着广大的民众,并且在立法和执法领域也时常可以发现传统法律思想观念的影响。了解和研究这一传统,应该是新时代法学工作者的责任所在。同时,通过学习中国法律思想史,可以在比较中更好地掌握今天的法学体系,将学习到的现代的法学知识融会贯通,从而提升自己的素质,为自己成长为一名真正意义上的“法律人”打下更为全面的基础。

其次,在学习中国法律思想史的课程时,要树立历史唯物主义的观点,把思想家的言论以及社会的法律意识和当时的社会历史状况结合起来,既要注意到学术、思想本身的发展轨迹,同时也要注意到社会经济基础制约着包括学术、思想在内的全部上层建筑发展的总方向,法律思想的发展不可能摆脱这种制约;同时,法律思想的发展也会受到当时实行的现实法律制度的影响,现实法律制度不仅为法律思想的发展提供讨论的课题,而且在缺乏其他法律制度作为参考系的情况下也在很大程度上制约着法律思想发展的深度和广度。因此学习本课程应该以中国法制史课程为前提课程,并注意结合掌握中国历史背景的知识。曾有古人称“六经注我”,作为一种提倡敢于创新的认识,这一口号是豪迈的;但是作为一种学习态度,很容易产生主观臆断,或满足于一知半解。学习中国法律思想史应该充分注意到这一领域内的长期的文化积淀,不能为了急于有所“发现”,就简单地以现代的观点强加于古人的论断,随意给古人贴上“腐朽的”、“反动的”、“进步的”之类的标签;或者是有意拔高,下结论说“某某观点古已有之”。在掌握古人某一论断时要充分注意到其来龙去脉,从整个发展的脉络上来总结其确切的含义,以及对于后世有什么影响。同时要谨慎分析时代背景,不能轻易地作出“某某”思想是“某某阶级的代表”的判断。

再次,学习思想史应该有相当的原著以及参考书的阅读量。当然要求学生全



部掌握中国历史上大量的思想家有关法律论著的论著是不现实的,但是至少应该在课程学习过程中阅读几篇具有代表意义的古代思想家的论著。本教材注意到在每章内都编入了最典型的思想家论述段落,一般都将大意翻译为现代汉语。不过要真正在本课程的学习中有更大的收获,还是应该认真阅读原著。

目 录

前言	1
----------	---

第一编 先秦时期的法律思想

本编要点	2
------------	---

第一章 早期的法律思想	3
-------------------	---

第一节 早期的法律观念	4
-------------------	---

一、先民思维观念的一些特点	4
---------------------	---

二、“率民以事神”	5
-----------------	---

三、天命与天罚	6
---------------	---

四、重孝	7
------------	---

第二节 西周初年的法律思想	8
---------------------	---

一、以德配天和敬天保民	8
-------------------	---

二、“明德慎罚”	9
----------------	---

三、亲亲、尊尊和有别	9
------------------	---

第二章 儒家的法律思想	15
-------------------	----

第一节 先秦儒家产生与学派流变	16
-----------------------	----

一、儒家学派的形成	16
-----------------	----

二、儒家的主要经典	18
-----------------	----

三、儒家的流派	19
---------------	----

第二节 先秦儒家的主要观点	21
---------------------	----

一、关于立法权与法的起源	21
--------------------	----

二、仁政学说	22
--------------	----

三、维护君权说	23
---------------	----

四、维护等级特权的礼治论	23
--------------------	----

五、刑法理论	25
--------------	----

六、“为政在人”的人治论	30
--------------------	----

七、孝悌理论	31
--------------	----



八、父子相隐的诉讼理论	31
第三节 先秦儒家法律思想的特点及其历史影响	32
一、先秦儒家法律思想的特点	32
二、先秦儒家法律思想的历史影响	33
第三章 法家的法律思想	35
第一节 法家学派的产生和发展	35
一、春秋时期法家的先驱人物	36
二、战国前期和中期的法家学派	40
三、战国末期的法家学派	52
第二节 法家学派的主要法律思想	57
一、法家的法律观	57
二、法家的法治理论	62
三、法家推行“法治”理论的方法	66
第三节 法家法律思想的特点和历史作用	71
一、法家法律思想的特点	71
二、法家对其他学派思想的吸收	73
三、法家法律思想的历史作用	75
第四章 道家、墨家及先秦其他学派的法律思想	77
第一节 道家的法律思想	77
一、道法自然,崇尚社会秩序与自然秩序的和谐一致	79
二、反对仁义礼法,否定人为确定的各种规范的存在价值	81
三、小国寡民,无为而治	84
四、逍遥游——超越一切世俗束缚与规则的自由人生	86
第二节 墨家的法律思想	88
一、法律起源论:法律起源于统一天下是非善恶标准的需要	89
二、以“兼相爱,交相利”为核心的法律观	91
三、主张贤人治国的人治思想	92
四、以天的意志为法律权威的基础	94
第三节 其他学派的法律思想	96
一、阴阳家的法律思想	96
二、兵家的法律思想	101
三、名家的法律思想	104
四、杂家的法律思想	106



第二编 大一统局面形成后的法律思想

本编要点	114
第五章 古代官方正统法律思想	115
第一节 中国古代官方正统法律思想的早期演进和定型	115
一、秦统治者的法律思想	115
二、汉初流行的黄老法律思想	119
三、汉中期以后官方正统法律思想的初步定型	124
四、西汉后形成的官方正统法律思想的主要内容	126
第二节 汉以后官方正统法律思想的发展	128
一、三国两晋南北朝期间法律思想的演变	128
二、《唐律疏议》的法律思想	131
三、理学的兴起及其对法律思想的影响	134
第三节 古代官员执法的主要法律观念	137
一、秦及汉初执法官员的法律观	137
二、春秋决狱：西汉中期以后的法律实用主义倾向	138
三、南宋书判中的法律实用主义精神	140
四、清代刑部司法中的混合式实用主义法律观	142
五、简析中国古代执法中实用主义法律观	147
第六章 历代思想家关于法律问题的探讨	150
第一节 对于正统法律思想的进一步讨论	151
一、关于德与刑的关系的讨论	151
二、关于法律是否应普遍适用的讨论	153
三、关于按照时令行刑的讨论	157
四、关于是否应恢复肉刑的讨论	158
五、关于复仇问题的讨论	160
六、关于是否应该积极开展“息讼”的讨论	163
七、关于频繁赦宥问题的讨论	165
第二节 具有怀疑和批判精神的法律思想	167
一、基于道家思想加以发挥的怀疑与批判	167
二、基于儒家“民本”思想而加以发挥的怀疑和批判	170
第三节 历代传授法律知识与考选法律人才制度	178
一、历代律学的发展概况	178
二、传授法律知识的制度	185

