

“十一五”国家重点图书出版规划项目



段秋关 著

新编中国法律思想史纲

XINBIAN ZHONG GUO FA LU SI XIANG SHI GANG

中国政法大学



“十一五”国家重点图书出版规划项目

新编中国法律思想史纲

段秋关 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

新编中国法律思想史纲 / 段秋关著. —北京: 中国政法大学出版社, 2008. 4

ISBN 978-7-5620-3202-1

I. 新... II. 段... III. 法律-思想史-中国-教材 IV. D909.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第052963号

出版发行 中国政法大学出版社

出版人 李传敢

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16开本 21.75印张 380千字

2008年5月第1版 2008年5月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3202-1/D·3162

定 价: 30.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

银杏常绿，胡杨枯存；
中华传统，何以浮沉？

作者简介

段秋关 男，1946年8月生，河南洛阳人，现任西北大学法学院教授；兼任中国法律史学会常务理事、中国法律思想史研究会会长、中国儒学与法文化研究会副会长、中国高校知识产权法研究会学术委员、陕西省政府法律顾问、陕西省社科联合会常务理事，以及深圳、汕头、西安仲裁委仲裁员，西安市中级法院、市检察院咨询专家等。曾任西北政法学院法律系副主任，汕头大学法商学院、法学院院长，西北大学法学院院长，北京大学法学院兼职教授与法律史博士导师等职；曾兼任中国法学会理事、教育部法学教学指导委员、广东社科联与广东省法学会常务理事、西安市政府法律顾问等职。

1969年毕业于兰州大学经济系本科，1978年考入北京大学法律系成为法律史研究生，师从著名法学家张国华教授，1981年获法学硕士学位。求学达21年，又先后在兰州医学院马列教研室、西北政法学院、汕头大学及西北大学法学院任教；专攻中国法律史，先后为法律本科或研究生主讲法理学、比较法学、经济法、知识产权法等课程，熟悉律师、仲裁、法律顾问等实务。曾赴日本爱知大学、上智大学，香港大学、澳门大学讲学，访问过德国汉堡大学、海德堡大学，美国夏威夷大学、洛杉矶大学，台湾东吴大学，香港城市大学、香港科技大学等。

曾完成多项国家、部、省级社会科学研究项目，自1983年以来，出版《中国刑法史研究》、《中外法学名著选读》、《中国法律思想史纲》、《中国法律思想史》、《法理学研究》、《台湾现行法律概述》、《中国法律思想通史·明代卷》、《毒品犯罪的发展趋势与防治对策》、《中国法制史》、《中共廉政法制研究》等14部著作、译著或教材。从1980年起，在《中国社会科学》、《法学研究》、《法律科学》等刊物上发表“中国古代法律与法律观略论”、“中国传统法律文化的形成与演变”等70余篇法学论文。

出版说明

“十一五”国家重点图书出版规划项目是由国家新闻出版总署组织出版的国家级重点图书。列入该规划项目的各类选题，是经严格审查选定的，代表了当今中国图书出版的最高水平。

中国政法大学出版社作为国家良好出版社，有幸入选承担规划项目中系列法学教材的出版，这是一项光荣而艰巨的时代任务。

本系列教材的出版，凝结了众多知名法学家多年来的理论研究成果，全面系统反映了现今法学教学研究的最高水准。它以法学“基本概念、基本原理、基本知识”为主要内容，既注重本学科领域的基础理论和发展动态，又注重理论联系实际满足读者对象的多层次需要；既追求教材的理论深度与学术价值，又追求教材在体系、风格、逻辑上的一致性；它以灵活多样的体例形式阐释教材内容，既加强法学教材的多样化发展，又加强教材对读者学习方法与兴趣的正确引导。它的出版也是中国政法大学出版社多年来对法学教材深入研究与探索的职业体现。

中国政法大学出版社长期以来始终以法学教材的品质建设为首任，我们坚信“十一五”国家重点图书出版规划项目的出版，定能以其独具特色的高文化含量与创新性意识成为权威法学教材品牌。

中国政法大学出版社

序 言

近十年来,我只有很少的文字发表,“事务缠身”纯属托词,主要是懒散的缘故。如果非要追究其他的原因,那只能说是“少学薄术”(比“不学无术”稍好点),不敢下笔。特别是当看到如今的法学研究成果,尤其法律史学著述层出不穷,令人眼花缭乱,我更觉得自己才疏学浅,于是只看不说,或多看少说。面对学界的浮躁,“文抄公”、“下载翁”们的得意,以及不顾史实、标新立异,甚至“学术造假”的泛滥成灾,我自惭形秽,既明知跟不上形势,便索性采取“述而不作”的态度,只说不写,或多说少写。除非“任务”强压在身,不得不写时才动笔。

这次,中国政法大学出版社的李传敢社长邀我参与《“十一五”国家重点图书出版规划项目》的撰写,希望这套教材简明、准确、能反映新的成果并适合法律本科或法学硕士(法律硕士)使用,同时教材不采取惯常的一人主编、众人执笔的做法,而是由一个作者独立担纲。教材是教与学的基本依据,现行大学教材中优秀的不少,但也有讲稿搬家、空话太多、书本太厚、价钱昂贵和宜看不能讲等通病。我在给硕士、博士们讲法史时,常苦于找不到一本较合适的教材,于是只用“提纲”上课,而给学生们“布置”了一堆参考书(其中教材很少)。因此,传敢君的想法与我不谋而合。于是,就强迫自己排挤他务,凝思纲要。但是,“书到用时方恨少”,动笔时才知道上述的“通病”其实是撰写教材的快捷方法,然而,为了不雷同只能自设体例、另辟蹊径。

中国法律思想史所研究的是中国历史上关于法律的观点、理论和学说,及其形成、沿革、演变、发展的过程与规律。本书取名“新编中国法律思想史纲”,前面之所以加“新编”,是因为20世纪80年代我曾参加了由著名法学家张国华、饶鑫贤教授任主编的《中国法律思想史纲》(上、下册)的撰写,而本书既保留了前书的主要观点,又在体例、内容等方面有较大变更。恩师仙逝,时在念中,将这点心得冠以原名,也是为了永久的纪念。后面之所以缀“史纲”,是因为中国法律思想的历史太久、内容太多,自知无力驾

驭又不想加重学生与读者的负担，所以不敢贸然冠名“中国法律思想史”，而称“史纲”，以便提纲挈领，择其要而述之。

法律思想是学者的思维成果，法律思想史是思想家的历史。从杨鸿烈早期开创的法律思想史基本框架，到张国华建构的法律思想史学科体系，都以历史朝代的先后为序，突出了或者不得重阐述代表人物的法律思想。众多的中国法律思想史教材，也无不“以人头为章节”编写。张国华先生生前对法律思想史研究有两个期望：一是与法制史的研究结合起来，二是进行思想学说范畴的研究。为实现先生的遗愿，本书在体例上打破惯例，既未以“时期”即王朝更替为编目，也未以思想家即“人头”为章节，而是采取了形成与演变概述、主要的法律观和法律学说与现代法律观相衔接的安排，着重阐述了六种法律观念、十大法律学说，旨在突出法律思想的内容，减少重复或琐碎。这种写法，可以称作“范畴史”。

了解历史，是为了增加知识，更为了认识过去、把握现在、面向未来。胡适曾感慨历史成了任人打扮的小姑娘，这是因为人们常以今天比古代、以自己度古人。法史学的使命是尽可能地反映法律以及法律思想在历史中的真实情况，至于怎样古为今用、推陈出新是现代法学的任务。我们无法将今人的头脑嫁接到古人的身体上，同时，我们也不能强迫古人会使用现今的汽车、电脑或 MP4。有鉴于此，本书在阐述中国传统法律思想时，严格忠于史实、史料，既注意史料考辨、不随意牵强附会，又坚持以史论史、不借古论今，不以“阶级出身”划线、以政治立场定优劣，更不着意去“服务现实”或者以古讽今、含沙射影。

认识和总结中国古代的法律思想成果，不能就事论事或者“尽在故纸堆里做文章”。无标准便无从比较，无比较则无从鉴别。历史与当今、传统与现实、过去与未来，总是在联系中区分，在延续中转化，在淘汰中提升。尤其中国是当代世界唯一的、具有近 5 000 年未曾中断的历史的大国，其法律思想的特点、精华或者糟粕，必须借助比较并采用正确的标准才能真正认识，所谓“不识庐山真面目，只缘身在此山中”。本书虽然集中阐述中国传统的法律思想，但所面对的是现代化建设时期的读者或学生，所采取的基本立场是现代法学及其法理念，所依据的基本标准是对社会进步与社会发展的适应程度，所运用的是比较法学的功能比较方法。在分析时本书还注意与西方同时期法律思想的对照，尤其对传统法律观的现实存在、影响及其转化、更新等进行了专节的探讨。

同时，本书未按照惯常的历史分期，而是采取了“思想分期”的方法，

把传统法律思想的下限延续到“文革”结束，即“革命法制”阶段，并非仅到1949年为止。当然，将社会主义革命时期或者当代社会的法律思想置于“中国法律思想史”尤其“中国传统法律思想”范畴内是否适宜，大可商榷，我这样做也只是一种尝试。因此，本书的“导论”和“余论”，只是为阐述“法律思想史纲”而作的铺垫以及与现代法律观的衔接；若嫌不类，教学时亦不必讲授而请学生自读或不读均可。

教材的编写，与论文或著作的撰写相比又有不同。虽然都是研究的结果，但教材要求知识的基本性和系统性（但又不能事无巨细或杂陈罗列），要求言必有据并吸纳和反映本学科的新观点（但引文、注释又不能太多），要求学生爱用（免除狂抄笔记之苦）、老师能教（又有讲解发挥的余地），等等。本书在体例设计、内容取舍、史料选择、叙述详略诸方面竭力达到上述要求。当然，我采用的是便于学生或读者接受的方式。换句话说，过去，我曾致力于用中国的方式阐释中国传统的法律思想；后来，我又曾尽力以西方的方式分析中国传统的法律思想；现在，我试图用现代法学的视野与比较法学的方法解读中国传统的法律思想。

总之，以上所说只是一种期望、一些想法、一个目标；能否达到，那就得问读者了。俗话说，“看景不如听景”，说得出不一定做得到。我深知自己笔拙识浅，所以书中的看法与文字，仅是一孔之见，一己之得而已；其中的疏失、遗漏或谬误，敬俟读者判批教正。如果本书能够阐明中国人的法律思想的来龙去脉，让外国人知道中国传统的法律思想，让中国人了解我国的法律思想资源，我便知足而快活了！

最后，允许我抒发一点感慨：中国传统法律思想源远流长，博大精深，自成体系，影响古今。仅凭秃笔浅墨，难解其中真味；如今书虽杀青，依旧合卷自问：

银杏常绿，胡杨枯存；中华传统，何以浮沉？

段秋吴

2008年于西安

法律思想史：思想家的历史（代前言）

——怀念张国华、饶鑫贤先生

今生有幸，能够在北大学习，获法学硕士学位；今世有缘，得以投拜张、饶良师门下，攻研法律思想史。先师相继逝世，留下的是法律思想史；如今，我们会聚在一起怀念他们，最集中的话题还是法律思想史。

思想，是学者的思考；思想史，是思想家的历史。且不说思想家是思想史的主体，即便是思想史学科也是思想家们建立的。

近百年来，中国法律思想史多处于萌生状态，或者被淹没在“中国思想史”的叙述中，或者被冠以“中国政治思想史”之名，或者仅有其名而无其实。直到 20 世纪 80 年代初，她才作为一门独立的学科破土而出，不断成长。一批熟悉法律，善于思想，精通历史的学者，披荆斩棘，拨乱反正，以大无畏的理论勇气和严谨的科学精神，创立了法律思想史学科，出版了法律思想史教材，开拓了法律思想史研究……我们无法忘记这一学术园地的开拓者、奠基者和耕耘者们！

他们有的仍健在，有的已辞世。对我来说，有的曾相识经年，有的仅讨教数次，但学问之交，“文会神通”，感觉上很是熟悉和亲切，而且历时愈久，印象反愈加清晰。如刚直不阿的李光灿先生、博学诙谐的张国华先生、学贯中西的瞿同祖先生、严肃寡语的杨景凡先生、儒雅谨慎的饶鑫贤先生、先声夺人的栗劲先生、直言不讳的乔伟先生、出口成章的汪汉卿先生……正是这些思想史家造就了法律思想史！

在中国法律思想史学科的创立和发展的历程中，处处凝聚着张、饶二位先生的心血和汗水，留下了二位先生深深的足迹！1979 年 9 月，由李光灿、

张国华发起、在长春召开的法史会议，成立了“文革”后全国第一个法学学会——中国法律史学会，确定了中国法律思想史学科的独立地位。第一部《中国法律思想史》教材、《中国大百科全书·法学卷·中国法律思想史》、《中国法律思想史纲》以及国家社会科学重点项目《中国法律思想通史》（多卷本）都是张先生策划和主编的；张先生独著的《新编中国法律思想史》堪称“法史之绝唱”，代表了20世纪后期法律思想史学的研究水平。

1986年，在合肥举行的法律史年会上成立了中国法律思想史研究会，饶先生任会长，并与张先生共同主编《史纲》上、下册。在恢复高考之后，是二位先生在北大最早为本科开设中国法律思想史课程、最早招收法律思想史研究生、最早设立法律思想史硕士点和博士点。他们毕生从事高等法学教育，门生遍及海内外。法律思想史薪火传递，先生是播火者！

二

思想的成果需要思考总结，思想的历史依靠传统继承。总结和传承正是张、饶二师对中国法律思想史的重要贡献。

张先生认为，法律思想既与法律、法制、法理学内容有别却又息息相通，同时还与政治、经济、社会等密切联系；中国法律思想史研究中国自古以来各种法律观点、理论和学说及其形成、演变的过程与规律，是其他学科所不能取代的。应该通过比较分析，把握中国传统法律文化尤其是儒家法律思想的特点及其深远影响；以“是否有利于社会经济的发展和精神文明的提高”作为区别和评价传统法律思想精华与糟粕的标准。

饶先生认为，应注重学科的体系和结构，纵（历史的叙述）横（内容与效果）结合，以学派、流派为范畴，以“问题”为中心，突出代表人物的思想。他在晚年一直提醒学界注意，如果仅仅将先秦和近代作为重点，由此忽视或无视对封建时期法律思想的研究，势必造成“内容缺失”的遗憾。

二位先生强调，法律思想史学科应坚持实事求是，科学分析，以中国的历史事实和思想资料为依据进行研究，既不乱贴标签或者强加于古人，也不能“以人划线”或者仅以“政治定取舍”；应处理好批判继承、古为今用等关系，既戒一味歌颂，言必“国粹”，又忌数典忘祖，全盘否定；既应吸收借

鉴外国尤其西方的先进思想和优秀因素，又要挖掘发扬传统文化的精华思想和积极内容；绝不以今非古，力求古为今用，等等。这些主张均是在80年代提出的，如今已经被普遍认同。后来的中国法律思想史教材或论著，多采用了二位先生的思路和体例。

三

思想史研究取决于学者的不懈努力，表现为学问的汇集成，承前启后，有始无终。张、饶二位先生对学术的执着与包容，成为学界的典范。

张国华先生治法律思想史，多有创见，诸如对先秦时期法律思想的概括与区分，对法家“法治”学说的归纳和探源，关于法家前期、中期、后期代表人物的划分，对庄周法律虚无思想的认定，对明清之际和近代法律思想的关注与挖掘等等；正是在张先生的主持下，法史界开始了关于中国法律思想史发展的历史线索、关于“人治”与“法治”、关于丘濬、特别是沈家本法律思想的研究。可以说，张国华先生是国内公认的中国法律思想史的核心和灵魂！

饶先生在张先生辞世之后，担纲北大法律思想史学科的研究和教学。他身体力行，“挑灯夜战”，凝思疾书，集中对始于两汉终于清末的封建正统法律思想进行研究，对唐、宋、明、清的重点人物进行评介，对明代法律思想进行全面挖掘、深入论述和总体分析。先生们不囿成说，以执着求创新、以争鸣谋发展的学术风范，为我们所缺乏，亦当为我们所继承。

二位先生的风范，还在于对他人学术见解的尊重和包容。饶先生常说，法律思想史乃综合性学科，必须关注、采用和吸收哲学、史学、政治学、经济学等相关学科的成果或方法。张先生提醒，法律思想史研究应该与法制史同步并与其他学科结合，应该不断拓宽领域，吸纳不同学术背景的研究者，推出运用不同方法研究的成果。我读研究生时，先生安排我和李贵连以及武树臣、乔丛启等师弟们与哲学史、历史系的研究生一起上课，从而有幸得到任继愈、张岱年、朱伯昆、张传玺、祝总斌、赵靖等名师的指点教诲，终生受益。

对不同的学术观点，甚至与他们直接对立的见解，只要持之有据且能自

圆其说，先生们照旧欣赏有加。对待学术分歧，先生们心态十分平和：只作学术争辩，从不人身贬低；对法史学同仁也毫无门户之见。每每与我论及陈老盛清、张晋藩、刘海年、曾宪义、韩延龙、高恒、杨鹤皋、陈鹏生、杨永华、刘新等老师的学术成就，以及杨一凡、俞荣根、刘笃才、钱大群、张铭新、何勤华、郝铁川、徐显明、马小红、范忠信、张中秋等学者的研究成果，先生们总是喜形于色，如数家珍，赞其所长，评其特色。

这种鼓励成一家之言、提倡汇学术之海的精神，不正是法律思想史过去得以成长、今后赖以繁荣的动力吗？

四

思想史成果，浓缩着史家的自信，贯通着学者的自谦。张、饶二位先生是法史学者的表率。

他们对中国法律思想史学科的建立和发展，始终充满信心。80年代初期，在社会科学百废待兴、学术园地一片荒芜的情况下，他们率先开课、著书、招研究生。张先生参与组织成立法律史学会，不但将法律思想史从政治思想史中独立出来，而且撰文呼吁全社会“学一点法律思想史”；饶先生在法史研究初具规模之时，率先发起成立中国法律思想史研究会，团结同仁，提携后学，开展学术活动，创办并编辑《法律史论丛》。

在应用学科炙手可热、历史学科日渐被冷落、青年学人“胜利大逃亡”之际，他们处变不惊，以为这是法学研究的正常状态。张先生对我说，学术不如技术、权术那样实惠，法史不是“显学”，“人员分化是必然的”。饶先生临终前曾反复强调，只要有法律学科的存在，就必然有法律思想史研究。今后，不管学科调整出现何种变化，我们的法律思想史研究都必须“自强不息”，坚守岗位，知难而进！

学然后而知不足。二位先生之治学与为人，给大家最深刻的印象是严于律己，宽以待人，诙谐、儒雅、大度、谦恭、和蔼、可亲。我结识二位先生，是在1978年“文革”刚刚结束、改革方兴未艾之际。虽说考入心仪已久的北大法律系，专攻深有兴趣的法律思想史在常人看来是一件美事，但是对于大学毕业之后又在高校工作了七八年的我来说，并没有多少新鲜与兴奋，反倒

存在不少疑虑与担心，尤其害怕重陷政治压力之下或人际关系不和。然而，一见到张、饶二位先生，心中之余悸便一扫而精光！3年之中，上课之余他们经常到29楼我们的宿舍，我们更经常到他们家里做“食客”。师生情谊，胜于父兄。离开北大后，我几乎年年都要重回母校，有时干脆住在张先生家里，借机“充电”并领略他的童心稚趣。后来受聘做北大法学院的兼职教授，协助年事已高的饶先生指导博士生，对于先生的治学严谨与诲人不倦，更有切身的体会。

.....

先生们毕生从事的是法律思想史，临终牵挂的仍是法律思想史。继承其事业，发扬其风范，繁荣法律史学科，应该是我们对先生最好的纪念。

一些思想家走了，思想史还在继续。

段秋吴

2007年2月

附张国华、饶鑫贤简介：

张国华（1922～1995年），湖南醴陵人。1944年入西南联大法学院，1949年北大法学院毕业留校。先后任法律系法律史教研室主任、法律系主任、系学术委员会主任，同时担任过中国法学会副会长、中国法律史学会会长、中美法学交流委员会中方主席、全国自学考试委员会委员兼法律专业委员会主任、国家社会科学“七五”规划法学组组长等职务。

饶鑫贤（1923～2003年），湖南沅江人。20世纪40年代后期毕业于南京国立政治大学，并加入中共地下党从事革命活动。50年代初调入北京大学法律系，相继担任刑法、法律史学科讲师、副教授、教授，硕士及博士生导师，兼任系学术委员、学位委员、法律史教研室主任、中国法律史学会副会长及秘书长、中国法律思想史研究会会长等职务；曾应聘任中国政法大学、南开大学、中山大学、安徽大学等校的兼职教授。

目 录

出版说明	I
序 言	II
法律思想史：思想家的历史（代前言）	
——怀念张国华、饶金贤先生	V
导 论	1
一、传统法律思想的现实影响	1
二、中国古代对“法律”的理解	3
三、学点中国法律思想史	8
第一章 中国传统法律思想的形成与演变	13
第一节 传统法律思想形成的环境	13
一、幅员辽阔、相对封闭的内陆自然环境	14
二、人力耕织、自给自足的小农生产方式	16
三、以家庭为本位的宗法等级社会结构	18
四、统一国家和中央集权的政治体制	20
第二节 传统法律思想形成的思想基础	24
一、传统思想的构成	24
二、传统思想的价值取向	33
第三节 传统法律思想发展的历史阶段	38
一、萌发时期	38
二、形成时期	39
三、成熟时期	41

四、衰落时期	43
五、变革转型时期	44
第四节 传统法律思想发展的线索和趋势	46
一、从“礼治”经“法治”到“礼法合治”的基本线索	47
二、从分立到融合的发展趋势	51
三、周期循环与单向深化的趋势	53
第二章 主要的法律观念	57
第一节 “天”与法律	57
一、“天”的表现形式	59
二、礼法制度源于天：“天人合一”观念	60
三、天命殛之：“天罚”观念	63
四、人以法制能胜天：“天人相分”观念	65
第二节 “道”与法律	71
一、老子之道：“自然无为”的法律观念	72
二、庄周之道：法律虚无观念	76
三、黄老之道：“无为而治”的法律观念	79
四、玄学之道：对礼法的鄙薄与批判	86
第三节 “礼”与法律	88
一、“礼”的历程：从家族宗法到官僚等级	89
二、“礼”的实质、内容与特征	98
第四节 “法”与法律	103
一、“法”的概念	105
二、“法”的性质	108
三、“法”的作用	112
第五节 “律”与法律	115
一、“律”与“法”、“刑”	117
二、“律”与古代刑事法	120

三、律学观念	123
第六节 “令”、“典”与法律	131
一、主要的法律形式	132
二、主要的政事法律	136
第三章 主要的法律学说	141
第一节 “礼治”学说	141
一、为国以礼：礼法兼用，以礼为主	142
二、“为政以德”：德刑兼用，以德为主	148
三、为政在人：人法兼用，以人为本	153
第二节 “天志”学说	158
一、墨子及墨家	159
二、“天志”是法的来源与基础	161
三、“兼爱交利”之义是法的中心主旨	165
四、君主集权的法制统一观	170
五、处理国家关系的准则	172
第三节 “法治”学说的内容及依据	174
一、“法治”的主要内容和实质	176
二、“法治”以“君权”为核心	178
三、“法治”的主要理论依据	182
第四节 法家实施“法治”的方法	189
一、立法的主要原则	189
二、执法的基本要求	192
三、赏罚的主要原则	196
四、“法”与“势”、“术”的结合	199
第五节 “无为而治”学说	202
一、刘安与《淮南子》	203
二、“以道统法”的法律观	205