

中华法史三千年

法律思想简史



中国出版集团
中国民主法制出版社

法

法

法

法

法

法

克鼎

法

齐侯钟

法

金

法

汉印

清·吴昌硕

法

清·何绍基

法

汉·张芝

法

晋·好人名碑

法

清·吴友芝

法

唐·李阳冰

法

宋·苏轼

法

清·高彦休

法

清·高彦休

法

清·高彦休

法

清·高彦休

法

清·高彦休

法

清·高彦休

法

清·高彦休

法

清·高彦休

法

清·高彦休

法

清·高彦休



法

清·高彦休

法

清·高彦休

法

清·高彦休

法

清·高彦休

法

清·高彦休

法

清·高彦休

法

清·高彦休

法

清·高彦休

中华法史三千年

法律思想简史

李贵连 李启成 著



法

商代·玉琚

法

汉·周勃

法

唐·武则天

法

清·文嘉

法

清·何绍基

法

清·高彦

法

法

法

法

法

法

法

法

法

法

法

法

法

法

法

法

法

法



中国出版集团
中国民主法制出版社

2016·北京

图书在版编目(CIP)数据

中华法史三千年:法律思想简史/李贵连,李启成
著. —北京:中国民主法制出版社,2016. 8

ISBN 978-7-5162-1210-3

I. ①中… II. ①李… ②李… III. ①法律—
思想史—中国 IV. ①D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 132821 号

图书出品人:刘海涛

出版统筹:赵卜慧

图书策划:江 力

责任编辑:胡百涛 江 力

书名/ 中华法史三千年:法律思想简史

主编/ 李贵连 李启成 著

出版·发行/ 中国民主法制出版社

地址/ 北京市丰台区玉林里 7 号(100069)

电话/(010) 63292534 63057714(发行部) 63055259(总编室)

传真/(010) 63056975 63055022

<http://www.npcpub.com>

E-mail:flxs2011@163.com

经销/ 新华书店

开本/ 16 开 710 毫米×1000 毫米

印张/ 23.75 字数/ 238 千字

版本/ 2016 年 9 月第 1 版 2016 年 9 月第 1 次印刷

印刷/ 三河市航远印刷有限公司

书号/ ISBN 978-7-5162-1210-3

定价/ 55.00 元

出版声明/ 版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)



目 录

第一编 中国传统法律思想

第一章 夏、商、西周的法律思想	3
第一节 夏、商、西周的神权法思想	4
夏、商的“天命”“天罚”思想	5
西周“以德配天”的君权神授说	6
西周的“明德慎罚”思想	8
第二节 西周以“宗法”为核心的“礼治”思想	10
“宗法”与宗法等级制、分封制和世袭制	10
西周“礼治”的基本原则与特点	12
第二章 儒家的法律思想	16
第一节 “为国以礼”的礼治思想	19
礼治思想的渊源	19
儒家对西周礼治思想的继承和发展	20
儒家礼治思想的等级社会观	23
礼的作用和礼与法的关系	25
第二节 “德主刑辅”的德治学说	30
“省刑罚，薄税敛”，“富而后教”	30
“以德去刑”	34
宽猛相济、德主刑辅	37
第三节 儒家的“人治”学说	41
第四节 先秦儒家法律思想的命运和历史地位	44

第三章 墨家的法律思想	48
第一节 儒、墨两家的对立与互融	51
“敬鬼神而远之”与“事鬼神”	52
“爱有差等”与“兼相爱”	53
“小人喻于利”与“交相利”	54
第二节 墨家的法律思想	55
墨家的理想社会	55
以“兼爱”为主的法律观	56
墨家的刑法命题	60
第四章 道家的法律思想	63
第一节 老子的法律思想	65
“道法自然”	66
主张绝对无为,否定仁义礼法	69
鄙薄有为的人定法,抨击礼治、法治	72
第二节 庄子的法律思想	73
主张绝对无为,否定仁义礼法	74
主张绝对自由,反对任何约束和限制	77
第五章 法家的法律思想	81
第一节 法家“法治”思想产生的社会背景	82
第二节 法家的法律观	83
关于法律的本质	84
关于法律的起源	86
关于法律的作用	87

第三节 法家推行“法治”的理论	89
“法治”与“礼治”、“德治”、“人治”的对立	89
法家推行“法治”的理论前提	91
法家推行“法治”的方法	95
第六章 秦以后的正统法律思想	113
第一节 正统法律思想的形成	114
秦亡之后法家思想的衰落	114
汉初以黄老治国到儒学独尊	115
第二节 正统法律思想的演变	117
汉代的“经义决狱”	118
引经注律的“律学”	119
《唐律疏议》	120
理学、心学与宋明法律思想	121
第三节 正统法律思想的特点	124
通过法制来治官治吏以维护专制君主的权威	126
儒家思想法律化	131
第七章 明清之际法律思想的变迁	135
第一节 黄宗羲的法律思想	136
抨击君主专制和限制君权	138
以“天下之法”取代“一家之法”	143
第二节 王夫之的法律思想	146
“有定理而无定法”的法律时变观	148
“循天下之公”的立法观	152
王夫之的司法观	156

第二编 中国近现代法律思想

第八章 中国近现代法律思想概述	163
第一节 中国社会从传统到近代的转型	164
近代前夕的中西社会情形	164
近代中国学习西方的逐渐深化——器物、制度和文化	167
第二节 中国近代法律思想发展之脉络	170
近代转型的中心任务——宪政和法治	170
中国近代法律思想演变综述	175
第九章 洋务派的法律思想	178
第一节 洋务派“中体西用”思想概述	179
第二节 张之洞的法律思想	181
变而不失其道的变法观	182
整顿中法与采用西法	184
博采东西诸国律法,力求合于国家政教大纲	188
任法不如任人	193
第十章 改良主义的法律思想	199
第一节 19 世纪的社会改良运动和“戊戌变法”	200
第二节 康有为的法律思想	202
康有为理想中的法律观——“大同之世刑措”	204
维新时期“时移法亦移”的“变法”思想	206
康有为晚年的法律思考——《拟中华民国宪法草案》	215

第三节 梁启超的法律思想	221
“随时创法”之变法观	224
君主立宪与共和——梁启超的宪政观	228
“兴民权”与“法治主义”	235
“立法”与“司法”	241
地方自治	248
第四节 谭嗣同的法律思想	249
“废君统,倡民主”	251
斥“三纲”,“为平等”	253
“尽学西法”	256
第五节 严复的法律思想	258
“今日中国不变法必亡”	260
法律应当“为民而立”	262
重法治,行新法	265
 第十一章 晚清法律改革和沈家本的法律思想	 269
第一节 晚清法律改革	270
对《大清律例》的改造	271
外国法典和法学著作之翻译	273
制定新法律	274
第二节 法律改革中的礼法之争	277
礼法之争概述	277
“因伦制礼,准礼制刑”和效法西方“齐一法制”之争	281
有关伦常诸条款之争	283
国家主义与家族主义之争	287

第三节 现代法治:沈家本的改革梦	293
中西法治宗旨之异	295
移植外国法,建构“宪政法治”法律制度	300
融合中西,推行审判独立	304
创建法律学堂,开展现代法学教育	308
评议	309

第十二章 革命派的法律思想 315

第一节 革命派法律思想综述 316

民乃天下至尊至贵者	316
宪法为国民之公意	318
对纲常伦理的批判	320

第二节 从法治到党治:孙中山的法律思想 323

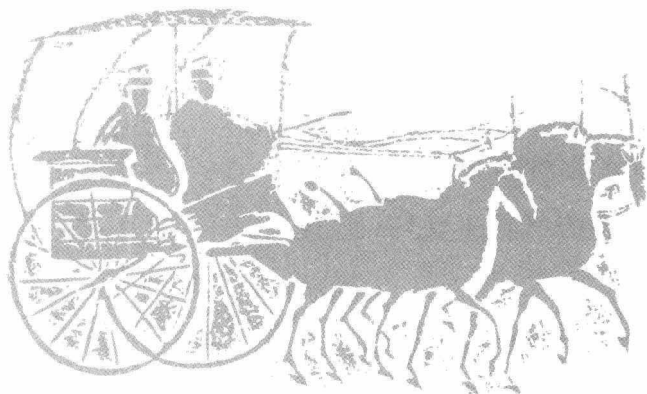
民主法治的追求者	324
“党治”理论的倡导者	328
南京国民政府的“党治”	332
“党治”“军治”与领袖独裁	337
评议	341

第三节 专以法律为治:章太炎的“法治”方案 345

革命时代的法治理想	345
未来民国的法治方案	351
中华民国成立后的法治方案	359
军阀割据下的联省自治	364
评议	365

后 记 368

第一编
中国传统法律思想



第一章

夏、商、西周的法律思想

公元前 21 世纪前后,继舜而为天下共主的夏禹死后,其子夏启继承了他的位置,建立了中国有史可查的第一个王朝——夏。夏已俨然具备了国家的规模。尽管由于史料的简略和考古资料的缺失,还不能完全揭开夏代四五百年历史的神秘面纱,但我们还是约略可以知道,当时中央王权一再受到挑战,直至第六代夏王少康,王位继承才开始走向稳固。到公元前 16 世纪,位于黄河中下游以汤为首的商部落雄起,反抗最后一代夏王桀的残暴统治,起而革命,代夏而称商。

商袭夏制,并在王位继承法方面由“兄终弟



及”开始向“父死子继”转变。经过十七世,三十一帝,到公元前 11 世纪政权被周人推翻。周初武王裂土封国,实行分封制,武王之弟周公姬旦,竭思运筹,为周王国制礼作乐,建立典章制度,文治繁盛。夏、商、周三代绵延递嬗,一脉相承,陶冶并初步形成了几千年中华文化的基础。

在此期间,与世界其他民族的古代一样,中国也经受了神权的濡染,神权自始便与王权结合在一起,成为王权和刑罚权的背景力量。这种神权至上现象的产生,主要由于在远古氏族社会时代,生产力极其低下,先民们对自然现象和人本身不能作理性的探求。但令他们困惑或恐惧的现象,时时缠绕和困扰着他们的心灵,这一切逼迫他们必须作出合理性的解释。他们将这一切归因于超自然因素的左右,逐步形成了对神意或原始宗教的依赖心理。因此,在氏族社会中,当把权威赋予了神的时候,氏族酋长和神职人员都先后学会了利用神意进行社会统治的方法。最早的国家是在氏族社会的基础上产生的,自然将此种统治方法作为先民遗产而加以继承,从而形成了最初的神权与王权相结合的国家形态,形成了世俗王权的神化统治,因而形成了神权法思想。

第一节

夏、商、西周的神权法思想

神权法思想是夏、商、西周的主要思想之一。中国的神权法思想有一个产生、发展与演变的过程,大体可以概括为:形成于夏代,极盛于殷商,动摇于西周。但夏、商基本上是一个类型,西周则是另一个类型。现分述如下。

夏、商的“天命”“天罚”思想

一些史料记载,夏代已经产生了神权法思想。相传夏禹本人对鬼神非常虔敬,且相当重视祭祀。孔子曾赞美夏禹“菲饮食而致孝乎鬼神”^①。夏启即位后,在讨伐有扈氏时进而以代行天意的身份声称,“予惟恭行天之罚”^②。通过上述材料,可以推断,夏代统治者已经产生了“天命”“天罚”的观念。

神权法思想在商代形成了高潮。“殷人尊神,率民以事神。”^③随着商王权力的增强,在神的谱系中也出现了一个主宰一切的至上神——“帝”或者“上帝”。所有国家大事,商王都要通过占卜向上帝及商王祖先举行祈祷或请示。商代的甲骨文主要就是商王及其代理人(专职史官)为占卜而询问上帝及祖先意见,刻在龟甲和兽骨上的卜辞。为了假托神意,商王几乎无事不卜,无日不卜,连定罪量刑也要求助于鬼神。从表面上来看,似乎商王完全是遵照上帝及祖先意旨来行事的,实际上只不过是给商王的命令涂上一层神意的色彩。因为卜兆的吉凶祸福,最终是由商王及其代理人自己决定的。可以说,地上没有王,天上也就没有帝。殷商所信奉的这个至高无上的上帝,只不过是商王在人间社会的投影。

在殷商的神权法思想里面,殷商统治者认为他们之所以能够进行统治,在于他们承受了天命,是他们的祖先与上帝关系亲密的结果所致。所谓的“天命玄鸟,降而生商”^④的说法,就是此种思想

① 《论语·泰伯》。

② 《尚书·甘誓》。

③ 《礼记·表记》。

④ 《诗经·玄鸟》。



的直接表述。如此一来,统治者便从血缘上找到了充当上帝代理人的合法根据,为垄断神权找到了依据。

殷商这种祖先神和上帝具有亲密关系的说法,既有利于巩固商民族内部的团结,又对统治其他民族提供了方便。到后来,商王开始自称为“帝”,其为上帝代理人的身份,更为明显。

商王既然是上帝的代理人,商王的意志也就成了上帝的意志,服从王命就等于是服从神意,因此商王可以假托神意以贯彻自己的意志。为了充分发挥神权的作用和得到神的保佑,就需要让人们对神恭敬,因此对上帝和祖先的祭祀就成为非常重要的事情。所以在那时“国之大事,在祀与戎”^①。由于商王朝的统治被周族取而代之,这种神权法思想受到了巨大冲击,从而发生了重大变化。

西周“以德配天”的君权神授说

神权法思想在西周发生了一次重大变化。取代殷商的西周,尽管也继承和发展了殷商时期的这种神权思想,崇奉至高无上的“上帝”,不过在更多的场合下,将它称为“天”。但在西周初年,要把周王的统治也说成天命所归,确实存在很大困难。一是“天”或“上帝”过去曾被殷王说成是护佑他们的,现在为何又转归护佑周王?二是殷王既然是天命所在,为什么又会王冠落地?为了解决这两个难题,以周公为代表的西周统治者吸取了殷商对人民的统治过于残暴而被推翻的教训,提出了一种新的君权神授说——“以德配天”的君权神授说。他们认为“天”或“上帝”是天下各族所共有之神,并不始终眷顾一个部族,使其常为下界的统治者。“天命”属谁

^① 《左传·成公十三年》。

关键在于谁有“德”，若一部族无“德”，统治不佳，失却上帝欢心，上帝就会撤销他们的代表资格，而另行挑选有“德”的另一部族来担任。所以他们认为“天命靡常”^①，“上帝”或“天”不特别厚待哪个人，而只辅助那些有“德”的人。过去，殷的先王有“德”，能够匹配上帝，得到眷顾，因此天命归殷，殷王成了“天之元子”，即天在人间的代表。后来的殷王不能保有其“德”，致使失去了“天命”。而周王有“德”，故皇天上帝即将原赋殷王之命收回，改归于文王。因此“天命”归周，周王成了“天之元子”。这种“以德配天”理论，为“君权神授”提供了依据，周王的统治取得了合法性。以德为媒介，西周的政权又和神权发生了联系，得到了上帝的护佑。

西周“以德配天”的君权神授说的提出，意味着神权的某种动摇。西周统治者通过吸取殷商灭亡的教训，看到了民众的力量，感到神权并非是维系统治的唯一法宝。更为重要的是，必须重视人事，重视人心向背，所谓“敬天命，重人事”。尽管取得了政权，承受了“天命”，要想维持统治，必须谨慎小心。从而使人第一次从夏商以来的绝对神权桎梏之下有所解脱，人的价值通过西周初年提出的“以德配天”的君权神授说得以凸显。人事因素的上升直接导致了神权绝对性的破坏，以后历朝历代再也不能仅以神权作为其统治的全部合法依据，必须在某种程度上完成“保民”——德治的任务，否则，便只能步前朝的后尘。

这种神权学说改变了过去神权意志绝对化的状况，代之以“上帝并无意志，即以地上群体的意志为意志，上帝并无态度，即以地上

^① 《尚书·康诰》。



群体的态度为态度”^①。周公等人特别要求各级贵族应把小民的向背当作一面镜子,从而为中国政治法律开出了一条向世俗政权、人间社会发展的道路。但是,尽管西周初年的统治者如此强调关心民瘼,重视民心向背,但其后代子孙未能切实遵行,他们的骄奢淫逸,终于使周朝统治走向了崩溃。到了春秋战国时期,龟缩于洛阳一带名义上的“天下共主”周王已经基本丧失了权威,代之而起的是四周强大的诸侯国,神权法思想受到了更大的冲击,形成“百家争鸣”的繁荣局面。然而,时间的延伸并未将殷周神权法思想彻底清除出历史舞台,却从“直接监督一切政治”的“有意识的人格神”逐渐演变为抽象之天,渐由宗教意味转变为哲学意味的“天道”思想,秦汉以后与皇权、儒家思想相互结合,成为后世一切政治法律思想的总根核。^②

西周的“明德慎罚”思想

西周初年,周王及周公姬旦看到了政权的基础在相当程度上植根于民心向背,因而对于天命神权思想给予了“以德配天”的重新解释。针对殷人的失德和刑罚制度,提出了“明德慎罚”的立法、司法的方针,主张德刑并用,反对专任刑杀。

“明德慎罚”主要是针对立法者和司法官而言的。“明德”就是要求周王和贵族要注重自己德行的培养,只有良好的德行才能够配享天命,得到天的惠佑,保住社稷;“慎罚”是指在适用刑罚时,应该慎重其行,避免滥杀以致失德。“慎罚”是“明德”的需要,也是重

^① 钱穆:《中国文化史导论》,商务印书馆1994年版,第46页。

^② 梁启超:《先秦政治思想史》,东方出版社1996年版,第24页。