

0901.22

当代中国

法学史

• DANGDAI ZHONGGUO

FAXUE WENKU •

何勤华 / 著



A0963709

中国法学史

(第一卷)

法律出版社

序

1908年前后,中国刊印了第一本由中国人撰写的中国文学史著作(黄人著)^①。1919年,中国出版了第一本近代意义上的中国哲学史著作《中国哲学史大纲》(胡适著,商务印书馆版),^②中国的第一本伦理学史著作(蔡元培编著,上海商务印书馆版)也于1910年出版。然而,令人遗憾的是,中国法学史著作却迟迟未能推出。这或许也是法学被说成“幼稚”的原因之一吧。

中国法学史研究的落后,既有客观原因,如整个社会对法和法学的轻视,中国古代比较系统的法学著作很少,大量关于法的研究的文献分散在浩如烟海的古籍中,梳理起来很艰难等;也有主观上的原因,如有些同志根本否认中国古代存在着法学。既然中国古代无法学可言,怎么还会去从事中国古代法学史的研究呢?

针对中国法学史研究的这一现状,本书的导论和序章首先对中国古代有没有法学?律学能否代表中国古代法学?中国古代法学具有哪些形态?其内涵与外延是什么?中国古代法学与西方或

① 中国历史上第一部《中国文学史》的作者,并不是中国人,而是英国人赫伯特·贾尔斯(Giles Herbert, 1845~1935),他于1901年在英国伦敦出版了第一本中国文学史著作。见王水照:《第一部〈中国文学史〉》,载1997年2月2日《新民晚报》。

② 在胡适之前,中华书局已于1916年出版了谢无量著《中国哲学史》,但该书尚未越出传统的儒家古史观的藩篱。

现代法学具有哪些不同的特点等问题作了探讨,然后在第一至第六章中对中国古代法学的萌芽、诞生、发达、昌盛、成熟以及衰落的过程作了描述,对中国古代法学在发展之各个阶段的特点以及它对周边国家的影响等作了阐述,最后对中国古代法学为什么必然消亡?中国古代法学在中国学术史和世界学术史上的地位发表了看法。

虽然,国内外在中国法学史的整体研究上还是一个空白,但近年来中国思想史、哲学史研究的巨大成功,中国法制史和中国法律思想史研究的众多成果,以及大量古代经典作品的点校注释和翻译出版,为本书的写作提供了丰富的养料。如果说本书对中国学术发展有一点贡献的话,那只是在前人和同辈的业绩之上,从一个新的角度即法学史角度对中国丰富的法律文化遗产作了一番梳理,得出了一些新的观点和结论,并且在中国法学史的体系、内容以及一些基本概念上,进行了一些初步的探索而已。至于这些观点和结论是否正确,还有待于学术界的评判。尤其是本书涉及古籍资料繁多,消化梳理工作异常艰苦,笔者虽倾注了全部的心血和智慧,但仍不可避免会存在各种缺憾。此点,只能恳请广大读者谅解及批评指正。

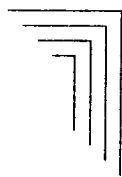
何勤华

于上海·华东政法学院

1999年8月1日

**世上可贵的
并非完美与不朽
而是不停的
创新和追求**

——作者题记



目 录



序

导论 汉语“法学”一词的起源及其流变/ 1

序章 “中国古代无法学论”质疑/ 24

第一节 问题的提出/ 24

第二节 法学形态的理论/ 27

第三节 古代法学的各种形态/ 30

第四节 “中国古代无法学论”质疑/ 37

第五节 中国古代法学的基本特点/ 39

第六节 中国法学与中国法学史/ 46

第七节 中国法学史在中国学术史上的地位/ 47

第一章 中国古代法学的萌芽

——春秋战国时期(770~221.BC)/ 50

第一节 概述/ 50

一、立法的发展/ 50

二、法的教育、解释和研究活动的展开/ 53

第二节 《法经》论考/ 58

一、《法经》的真伪/ 58

二、《法经》的历史地位/ 66

第三节 法哲学的诞生/ 72

一、先秦法哲学的主要内容/ 72

二、先秦法哲学的基本特征/ 80

三、先秦法哲学的社会历史意义/ 84

第四节 法家法治理论评析/ 86

一、法家法治的内涵及其合理性/ 87

二、实现法治的方法、途径以及人性基础/ 90

三、法家法治理论的历史进步性/ 92

四、法家法治理论与西方法治学说的差异/ 95

五、法家法治理论的负面影响/ 98

第五节 《尚书》等先秦文献中的法学思想/ 102

一、《尚书》的法学思想/ 102

二、《周易》的法学思想/ 106

三、《左传》的法学思想/ 111

四、《国语》的法学思想/ 116

五、《周礼》的法学思想/ 119

六、马王堆汉墓帛书《经法》中的法律思想/ 124

七、《吕氏春秋》的法学思想/ 128

第六节 萌芽期法学家列传/ 134

一、管仲/ 134

二、老聃/ 135

三、孔丘/ 135

四、子产/ 136

五、邓析/ 136

六、李悝/ 136

七、墨翟/ 137

八、吴起/ 137

九、商鞅/ 138

十、申不害/ 138

十一、慎到/ 139

十二、孟轲/ 139

十三、荀况/ 139

十四、韩非/ 140

第二章 中国古代法学的诞生

——秦汉时期(221. BC~220. AD)/ 141

第一节 概述/ 141

一、秦汉时期社会的进步/ 141

二、立法的发展/ 142

三、法律教育活动的展开/ 144

四、法的解释、研究活动的展开/ 146

第二节 法学世界观的确立/ 146

一、法学世界观的形成和发展/ 147

二、法学世界观的基本内容/ 152

三、秦汉时期法学世界观的特征/ 157

四、秦汉时期法学世界观的历史地位/ 161

第三节 律学的诞生/ 163

一、律学的内涵/ 164

二、律学的诞生/ 167

三、律学的内容/ 175

四、秦汉时期律学的特征/ 178

五、中国古代律学传统的形成/ 183

第四节 判例法研究的展开/ 188

一、中国古代判例法的界定/ 188

二、秦汉时期判例法研究的展开/ 189

三、判例法研究的主要内容/ 196

四、判例法研究的主要特点/ 200

第五节 《汉书·刑法志》评析/ 202

一、《汉书·刑法志》的成书年代/ 202

二、《汉书·刑法志》的理论基础/ 203

三、《汉书·刑法志》对法律史的阐述/ 204

四、《汉书·刑法志》的法学价值/ 208

第六节 对重大法律问题的讨论/ 209

一、株连与反株连/ 210

二、司法时令说/ 211

三、赦与非赦/ 212

四、刑罚的平等性/ 213

第七节 诞生期法学家列传/ 214

一、李斯/ 214

二、萧何/ 215

三、陆贾/ 216

- 四、张苍 / 216
- 五、叔孙通 / 217
- 六、贾谊 / 218
- 七、晁错 / 219
- 八、公孙弘 / 220
- 九、董仲舒 / 220
- 十、刘安 / 221
- 十一、张释之 / 223
- 十二、张汤 / 224
- 十三、赵禹 / 225
- 十四、桑弘羊 / 225
- 十五、路温舒 / 226
- 十六、于定国 / 227
- 十七、杜周(附:杜延年) / 228
- 十八、黄霸 / 229
- 十九、萧望之 / 229
- 二十、刘向 / 230
- 二十一、扬雄 / 231
- 二十二、桓谭 / 232
- 二十三、侯霸 / 233
- 二十四、郭躬 / 233
- 二十五、郑弘 / 234
- 二十六、梁统 / 235
- 二十七、王充 / 235
- 二十八、陈宠(附:陈咸、陈忠) / 236
- 二十九、马融 / 238
- 三十、王符 / 238
- 三十一、崔寔 / 240
- 三十二、应劭 / 241
- 三十三、郑玄 / 241
- 三十四、荀悦 / 242

三十五、徐幹 / 243

三十六、仲长统 / 243

第三章 中国古代法学的发展

——魏晋南北朝时期(220~581) / 245

第一节 概述 / 245

一、法制建设环境的变化 / 246

二、立法的进步 / 247

第二节 多元化的法学世界观 / 249

一、法家学说的复兴 / 250

二、玄学世界观的崛起 / 252

三、佛教对法学世界观的影响 / 261

四、儒学世界观对法学影响的进一步扩大 / 264

第三节 律学的发达 / 267

一、儒家精神贯彻于律学研究之中 / 267

二、律(学)博士的设置和独立的法律教育机构的形成 / 268

三、律学地位的提高和律学名家的辈出 / 270

四、律学研究的深入 / 270

五、律学从经学中解脱出来,成为一门独立的学问 / 286

第四节 《晋书·刑法志》的法学意义 / 288

一、《晋书·刑法志》的法哲学意义 / 289

二、对历史上重大法律事件的真实记录 / 292

三、展示魏晋南北朝时期律学研究的风貌 / 293

四、其他法学研究成果的记录 / 294

五、关于《晋书·刑法志》的简要评析 / 296

第五节 发展期法学家列传 / 297

一、钟繇 / 297

二、曹操 / 298

三、王朗 / 299

四、诸葛亮 / 299

五、陈群 / 300

六、刘劭 / 301

- 七、卫觊/ 301
- 八、高柔/ 302
- 九、何晏/ 303
- 十、王弼/ 304
- 十一、阮籍/ 305
- 十二、嵇康/ 306
- 十三、傅玄/ 306
- 十四、贾充/ 307
- 十五、杜预/ 308
- 十六、张斐/ 308
- 十七、刘颂/ 309
- 十八、袁准/ 310
- 十九、葛洪/ 311
- 二十、崔玄伯/ 312
- 二十一、崔浩/ 313
- 二十二、高允/ 314
- 二十三、刘勰/ 315
- 二十四、崔祖思/ 316
- 二十五、孔稚珪/ 317
- 二十六、拓跋宏/ 318
- 二十七、蔡法度/ 319
- 二十八、酈道元/ 319
- 二十九、苏绰/ 320
- 三十、高欢/ 321
- 三十一、崔昂/ 322
- 三十二、封氏家族/ 322

第四章 中国古代法学的昌盛

——隋唐时期(581~960)/ 324

第一节 概述/ 324

- 一、社会经济、政治和文化的进步/ 324
- 二、立法的发展/ 327

三、法律教育的兴起 / 328

第二节 法学世界观的发展 / 331

一、隋唐初期法学世界观的发展 / 331

二、中唐以后法学世界观的变迁 / 337

第三节 律学的昌盛 / 341

一、官方以及私家编纂的律学著作琳琅满目 / 341

二、正统法学世界观全面渗入律学研究 / 344

三、关于法律体系的理论 / 346

四、法典结构所反映出来的立法学成就 / 347

五、刑罚体系的日益成熟 / 351

六、对主要刑法原则的阐述 / 352

七、对重要的法律制度的研究 / 364

八、对律文的解释 / 377

九、对专用名词的解释 / 392

十、民法解释学 / 398

十一、律学研究方法论的进步 / 408

十二、关于《唐律疏议》的几点评价 / 409

第四节 关于重大法律问题的讨论 / 414

一、复仇是否可行 / 414

二、对“司法时令说”的批判 / 415

第五节 隋唐时期法学对周边国家的影响 / 417

一、对越南的影响 / 417

二、对朝鲜的影响 / 418

三、对日本的影响 / 420

第六节 昌盛期法学家列传 / 429

一、李德林 / 429

二、苏威 / 430

三、郑译 / 431

四、杨坚 / 432

五、高颀 / 432

六、牛弘 / 433

- 七、王通 / 434
- 八、赵绰 / 435
- 九、杨汪 / 436
- 十、郎茂 / 436
- 十一、裴寂 / 437
- 十二、刘文静 / 437
- 十三、孔颖达 / 438
- 十四、房玄龄 / 438
- 十五、魏征 / 439
- 十六、颜师古 / 440
- 十七、杜如晦 / 441
- 十八、孙伏伽 / 442
- 十九、于志宁 / 443
- 二十、长孙无忌 / 443
- 二十一、李世民 / 444
- 二十二、戴胄 / 445
- 二十三、贾公彦 / 446
- 二十四、狄仁杰 / 446
- 二十五、徐有功 / 447
- 二十六、姚崇 / 449
- 二十七、宋璟 / 450
- 二十八、吴兢 / 451
- 二十九、张鷟 / 452
- 三十、陈子昂 / 453
- 三十一、杨炎 / 455
- 三十二、陆贽 / 455
- 三十三、吕温 / 457
- 三十四、韩愈 / 457
- 三十五、刘禹锡 / 458
- 三十六、白居易 / 459

三十七、柳宗元/ 461

附录:主要参考文献/ 463



导 论:

汉语“法学”一词的起源及其流变^①

研究法学,必要探究各法律术语的含义、用法、起源以及其演变等,因为这些法律术语流变的背后,反映了法这一特定的社会现象的形成、发展和演变的过程,反映了某个国家、民族法律文化的所有内涵。在这些术语中,“法学”一词无疑是最基本和最重要的。

一般而言,现在我们所使用的“法学”一词,是一个舶来品,它的故乡在古代罗马,是经过二千余年的发展、演变后,才为西方各个国家所接受,并于近代传入中国的。对“法学”一词在西方历史上的演变过程,笔者在《西语“法学”一词的起源及其流变》^②一文中已作了详细考证。然而,作为一个研究法学史的中国人,笔者对汉语“法学”一词的起源、流变以及其所反映的古代、近代中国人的法律意识和法律观念更加有兴趣。为此,试将本人对此问题的研究心得向学界同仁作个汇报,以求得大家的重视和指正,也便于读

① 本文原发表于《中国社会科学》1996年第6期,作为“导论”收入本书时在文字上作了个别订正。

② 载《法学》1996年第3期,后收入拙著《西方法学史》(中国政法大学出版社1996年版)之中。

者加深对本书的理解。^①

在中国近代以前的辞书(如《康熙字典》)或现代出版的解释中国古典文献的辞书(如《甲骨金文字典》、《辞源》、《辞海》等)中,是没有“法学”一词的。据高名凯、王立达和实藤惠秀等中日学者的研究,“法学”一词是近代中国人在向日本学习过程中,从日本传入中国的。^②然而,这个结论仅仅在下述意义上才正确,即现代含义的汉语“法学”一词,是从日本传入的(关于其过程,我们后面再详述),但“法学”一词本身,早在中国古代即已出现。

在我国,“法”和“学”字出现得都很早,至今已有近三千年的历史了。在我国古语中,“法”字写作“灋”。在中国现存最古的文字甲骨文中,已出现了鹰字,写作𠩺(读 zhi),^③相传是一种善于审判案件的神兽。有的学者认为该字事实上就是我国法的缔造者蚩尤部落的图腾,它的读音和文字表达符号就是“蚩尤”、“咎繇”和“皋陶”。^④在西周金文中,便出现了“灋”字,写作𠩺(克鼎)。^⑤至战国时代,出现了灋的简体字“法”。然而,一直到秦代,灋字仍被频繁地使用(这从前几年考古发现的云梦秦简《语书》中可以得知),有时也与“法”字一起,出现在同一篇文献中。^⑥汉代以后,灋

① 本文的写作,得到了日本明治大学法制史教授冈野诚、明治史专家村上一博,以及北京大学法律史教授武树臣的热诚帮助,在此,一并表示诚挚的谢意。

② 实藤惠秀著,谭汝谦、林启彦译:《中国人留学日本史》,三联书店1983年版,第329页。

③ 方述鑫等编著:《甲骨金文字典》,巴蜀书社1993年版,第718页。

④ 武树臣等著:《中国传统法律文化》,北京大学出版社1994年版,第128~129页;李光灿、张国华总主编:《中国法律思想通史》(一),山西人民出版社1994年版,第35页。

⑤ 方述鑫等编著:《甲骨金文字典》,巴蜀书社1993年版,第720页。

⑥ 参阅《周礼·天官冢宰第一》、《周礼·地官司徒第二》等。

字就逐渐消失,而为“法”字所取代。

“学”字比“法”字出现得更早。在甲骨文中,便已有了“学”字,写作“𠬞”。在金文中,“学”字有进一步的发展,写作“𠬞”。^①《说文解字》曰:“𠬞,觉悟也。”古教、学通用,释义为:一、教也,《静簠》:“静學(教)無斁”;二、學也,《静簠》:“小子罕服罕小臣罕尸仆學射”;三、學戊,神名。^②至春秋战国时代,在孔子、墨子、荀子、韩非子等诸子百家的文献中,上述含义的“学”字已是频频出现,如《论语》一书的开篇是“学而第一”,《荀子》一书的开篇是“劝学”等。

“法”和“学”连在一起,作为一个专门用语“法学”来使用,最早是在南北朝时代。《南齐书·孔稚珪传》中云:“寻古之名流,多有法学。故释之、定国,声光汉台;元(帝)〈常〉、文惠,绩映魏阁。”^③至唐代,在白居易的《策林四·论刑法之弊》中,有“伏惟陛下:悬法学为上科,则应之者必俊乂也;升法直为清列,则授之者必贤良也。”^④然而,“法学”一词虽然出现,但使用得极为罕见。在表示对法律之学问时,人们一般都使用“律学”一词(当然,孔稚珪和白居易在这里使用的“法学”一词,其含义仍接近于“律学”,与现代“法学”一词有重大区别)。

19世纪下半叶,在西方列强的压力下,在人民革命斗争的浪潮中,清政府被迫进行了法律改革,并开始打开国门,向西方以及东邻日本等先进国家学习,包括大量翻译他们的法律和法学书籍。现代意义上的“法学”一词也从日本传入中国,逐渐印入中国士大夫的意识中。

19世纪末20世纪初,无论在司法官员和知识分子的论文,还

① 方述鑫等编著:《甲骨金文字典》,巴蜀书社1993年版,第267页。

② 同上书第268页。

③ (梁)肖子显编:《南齐书》,中华书局1972年版,第837页。

④ 《白居易集》(第四册),顾学颉校点,中华书局1979年版,第1357页。