

范忠信 著

法理文库

中国法律传统的基本精神



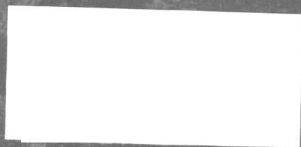
人民出版社

中国法律传统的基本精神



范忠信 著

中国法律传统的基本精神



图书在版编目(CIP)数据

中国法律传统的基本精神/范忠信著. — 济南: 山东人民出版社, 2001. 1

(法理文库/徐显明, 谢晖主编)

ISBN 7-209-02664-9

I. 中... II. 范... III. 法律—思想史—中国
IV. D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 54375 号

中国法律传统的基本精神

范忠信 著

*

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

新华书店经销 日照日报社印刷厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 13.375 印张 4 插页 320 千字

2001 年 1 月第 1 版 2001 年 1 月第 1 次印刷

印数 1—3000

ISBN 7-209-02664-9

D·665 定价: 22.50 元

D 909.2

05

1

□目 录



目 录

第一章 中国传统法律文化的哲学基础	(1)
1-1 天与天道观	(1)
1-2 人与人道观(暨天人关系观)	(20)
本章结语	(31)
第二章 自然人文地理与中国法律传统	(33)
2-1 地理封闭性与法律传统的封闭性	(37)
2-2 农耕文明与法律传统的农业型	(40)
2-3 水利工程与中国法律传统	(48)
2-4 北方威胁与中国法律传统	(51)
本章结语	(55)
第三章 小农经济与中国法律传统	(59)
3-1 从国家基本体制与构思看	(63)
3-2 从国家的民事法律来看	(68)
3-3 从国家的行政及有关法规看	(72)
本章结语	(80)
第四章 宗法社会组织与中国法律传统	(84)
4-1 从国家的基本体制与行政看	(89)
4-2 从诉讼制度和司法选择看	(94)

FB18/31

4-3 从刑事罪条与刑事司法看	(101)
4-4 从民事方面的规定看	(112)
本章结语	(118)
第五章 中国法律思想的伦理属性	(120)
5-1 中国传统社会的法言论谈了些什么?	(120)
5-2 从法律思想的价值内容看“伦理法”精神	(123)
5-3 从法律思想的技术层面看“伦理法”精神	(127)
本章结语	(132)
第六章 中国古代法律与道德关系的理论	(134)
6-1 引言:问题的产生	(134)
6-2 立法与道德:法律应符合道德,但应 符合什么样的道德?	(138)
6-3 司法与道德:法律与道德冲突时该怎么办?	(153)
6-4 余论:中国与西欧的比较及我们 今天的实践	(176)
第七章 中国古代德刑轻重之争的真实涵义	(179)
7-1 两派的道德原则大致相同	(180)
7-2 两派在策略手段或方法上有分歧	(182)
7-3 德刑轻重之争的真实涵义	(190)
第八章 君权监督与转移:传统政法学说的盲点	(194)
8-1 不谙“政道”的“为政在人”误区	(195)
8-2 “马肝式问题”与革命权的丧失	(199)
8-3 良制探讨的否定与“天赏天罚”的欺骗	(205)
本章结语	(208)
第九章 作君作亲作师:中国传统行政的性质与 特色	(210)

9-1	中国传统的“行政”概念	(210)
9-2	中国传统行政的性质与特色	(211)
9-3	“三作”的家长制本质及其肇因	(222)
第十章	对中国古代“法的作用论”的一点思考	(225)
10-1	法的基本作用	(226)
10-2	“法”的局限性和副作用:古人的深虑	(233)
10-3	一点结论	(235)
第十一章	中国古代法观念中的贱讼逻辑	(237)
11-1	中国的贱讼观念与传统	(237)
11-2	贱讼的本质是害怕而非鄙视	(242)
11-3	害怕的原因:三大问题及虑害逻辑	(246)
11-4	结语:应有的逻辑	(249)
第十二章	礼法刑法二元体制与《论语》真诠	(250)
12-1	“礼法”是社会生成的法律	(250)
12-2	“礼法”、“刑法”的轻重主次优劣	(254)
12-3	一元法之缺憾及二元法体制重建的 必要性	(259)
12-4	建立新型的“礼法”体制	(264)
第十三章	中华法系法家化驳议	(267)
13-1	最反映法系特征的是什么?	(268)
13-2	法典篇名能说明“法家化”吗?	(269)
13-3	“五刑”、“八议”、“十恶”、“官当”、“容隐” 是秦律首创的吗?	(271)
13-4	刑法原则、“三纲”和分则罪名说明 了什么?	(280)
13-5	“连坐”、“法自然”是法家独有吗?	(283)

13-6	“春秋决狱”的性质作用能这样解释吗?	(285)
13-7	“德主刑辅”何为接受、如何入法?	(287)
13-8	怎样才能叫做“法家化”?	(291)
13-9	余论	(294)
第十四章	中国古代法的重农抑商传统及其成因 ..	(296)
14-1	以“困”、“辱”为中心的抑商古法	(297)
14-2	“困”商的主要动因:物质上的 “义利之辨”	(300)
14-3	“辱”商的主要动因:伦理上的 “义利之辨”	(302)
14-4	小农经济与市场经济的不同 “义”、“利”	(307)
第十五章	中国古代道德教化之法制惯例 及其借鉴意义	(310)
15-1	道德教化之法制和惯例	(311)
15-2	伦理的法律强化及其借鉴意义	(332)
第十六章	唐以后中国法律思想的定型化	(340)
16-1	定型化的法律思想概貌	(340)
16-2	儒家法律思想一统天下的格局完全 稳固且长期延续	(342)
16-3	法律思想的基本学说、命题“固定 套路化”	(344)
16-4	定型时期法律思想的发展线索	(352)
16-5	关于定型化的原因的一点臆测	(353)
第十七章	明清市井小说与民间法观念	(354)

17-1 国法即王法·····	(355)
17-2 法律与天理·····	(357)
17-3 法律与人情·····	(359)
第十八章 明清律结构及私法在其中的地位 ·····	(370)
18-1 明清律典的结构·····	(371)
18-2 私法在明清律典中的地位·····	(376)
本章结语 ·····	(383)
第十九章 中国法律思想的历史发展 ·····	(384)
19-1 从原始法观念到礼法观·····	(384)
19-2 礼法分合的观念历程·····	(389)
19-3 “取法泰西”与“中西会通”·····	(395)
第二十章 伦理亲情与中国法律近代化 ·····	(403)
20-1 从亲属之“爱”看传统与变革·····	(405)
20-2 从亲属之“别”看传统与变革·····	(410)
20-3 从亲属之“从”或“连”看传统与变革·····	(413)
本章结语 ·····	(416)
后 记 ·····	(418)

第一章

中国传统法律文化的哲学基础

中国传统法律文化有着独特的哲学基础。中国独有的哲学决定了中国传统法律文化的主要特征,也影响了其历史发展进程。

中国传统法律文化的哲学基础,可以从中国传统的“天道观”、“人道观”(含“天人关系论”)等几个方面加以阐释,也就是说,中国传统哲学的核心——特有的“天道”、“人道”观决定了中国传统法律文化的内容和特色。

1-1 天与天道观

一、天之本体

“天”是什么?在中国传统哲学中,“天”有多重含义。有自然意义上的天,有神灵意义上的天,有绝对精神意义上的天,有上帝和祖先居所意义上的天。“天”的多重含义,并非每一时代都平等地为人们所重视。不同的时代注重天的不同含义,不同的人们亦

注意从不同的意义上去诠释他们所认识的“天”。

1. 自然之天。

中国传统哲学中的“天”首先是自然之天,包括自然现象和自然过程两层含义。《庄子·天下》引惠施语云:“至大无外,谓之大一。”大一就是天。汉人王充《论衡》云:“夫天者,体也,与地同。天有列宿,地有宅舍,宅舍附地之体,列宿着天之形。”^① 魏人阮籍谓:“天地生于自然,万物生于天地。自然无外者,故天地名焉。”^② 晋人郭象认为,“天者,自然也。”^③ 这些都是在阐述自然之天。即是说,天首先是一种自然存在或现象。这种现象或存在的运动过程,有时也叫做天。孔子云:“天何言哉?四时行焉,百物生焉。”^④ 孟子云:“莫之为而为之者,天也;莫之致而致之者,命也。”^⑤ 《庄子》云:“知天之所为,知人之所为者,至矣。”^⑥ 王充云:“天道当然,人事不能却也。”^⑦ 郭象谓:“知天人之所为者,皆自然也。”^⑧ 唐人柳宗元云:“生植与灾荒,皆天也。”^⑨ 这里都是在阐释作为自然过程的天。此种自然过程,正如《荀子》所云:“天行有常,不为尧存,不为桀亡。”^⑩ 这种过程的规律即天道,体现天道的过程就是天。在此种意义上讲,天与天道是一回事。自然之天,自有存在和

① 《论衡·祀义》。

② 阮籍:《达庄论》。

③ 郭象:《庄子·大宗师注》。

④ 《论语·阳货》。

⑤ 《孟子·万章上》。孟子又云:“若夫成功则天也。”此天即“命运之天”。命运之天实自然之天的另一方面涵义。

⑥ 《庄子·大宗师》。

⑦ 《论衡·变虚》。

⑧ 郭象:《庄子·大宗师注》。

⑨ 《柳宗元集》卷三一,《答刘禹锡天论书》。

⑩ 《荀子·天论》。

规律,不以人的意志为转移,是为天法天则;人类只有尊重和顺应天和天道,信守天则,才能正常地生活;立法必须充分地体现天则。

2. 神灵主宰之天。

中国传统哲学还以“天”为神灵,为有意志有人格的主宰和造物主。《尚书·汤誓》云:“有夏多罪,天命殛之”;《诗·商颂》云:“天命玄鸟,降而生商。”均以天为神灵主宰及造物主。《墨子》更强调了天的人格和意志属性:“天必欲人之相爱相利,而不欲人相恶相贼”,“天子为善,天能赏之;天子为暴,天能罚之”,“顺天意者,兼相爱交相利,必得赏;反天意者,别相恶交相贼,必得罚。”^① 在中国早期哲学中,天和神,天和帝,天和鬼,都曾是同义语,都是指有意志的善的灵异及主宰^②。神灵主宰之天有喜怒哀乐,能通过其特有的方式对人类的行为进行评价和赏罚。这种赏罚,犹如世俗国家里英明的皇帝评价和赏罚臣民一样。人必须时时遵循天通过种种方式发布的号令指示。君王的法令有时也可以用“天命”、“天意”的名义发表。

3. 道理之天。

中国传统哲学中有时还以“天”为宇宙间绝对真理的同义语。宋人程颐、程颢云:“天者,理也”,“万物皆只是一个天理”,“夫天,专言之则道也”^③;朱熹认为:“天即理也”,“天之所以为天者,理而已。天非有此道理,不能为天”;“循理而行,便是天”^④。明人王夫

① 《墨子》之《法仪》、《天志中》、《天志上》。

② 《左传》卷二〇“神怒民叛”犹今言“天怒人怨”。《墨子·非命下》:“上以事天鬼”,则“天”“鬼”不分。《尚书·盘庚下》:“肆上帝将复我高祖之德”;《诗·小雅》:“不识不知,顺帝之则”。“上帝”、“帝”在此均指“天”。

③ 《河南程氏遗书》卷一一,卷二,《周易程氏传·乾卦》。

④ 朱熹:《论语集注·八佾》;《朱子语类》卷二五。

之言：“理，天也。”^①此皆以“天”为宇宙间绝对真理、善和美的体现。天之本质既然如此，人当然必须效法之、循守之、服从之，因为法天向善符合人类本性，人必须追求绝对的真善美。人定法必须尽量符合天理，体现天之真善美。检验人定法的标准就是所谓天理，实质是伦理。

4. 天国之天。

在中国传统哲学中，“天”除了上述三种实质意义外，还有一种形式意义。在大众哲学及民间宗教观念里，“天”更常常仅仅指一个王国，一个境界。天是以上帝（道教为玉皇大帝、佛教为如来佛）为最高首脑的神灵的王国。那里有政府、有文官武员、有军队、有法庭、监狱，甚至也有婚姻家庭。人世间特别有德行的人死后，可以进入这个王国^②，享受无尽的幸福。中国早期宗教甚至认定：祖先死后都居住在天上的王国里，监视子孙，庇佑子孙。子孙必须不断地献祭祈求祖先保佑，不可行不义之事惹祖先生气。祖先是天国的臣民，是我们和上帝之间的感情联络人。敬祖宗也等于敬天帝。祖宗也是神灵，所以中国传统哲学特别重视“敬祖宗”、“慎终追远”。不敬祖宗者，祖宗发怒，进而天帝发怒，祸及其身。是以中国传统伦理及法律特别强调敬祖重孝的原则，“尚孝”成为历代立法的精神特征。

二、天之道

中国传统哲学的天道观，一般说来有两方面的含义：一是天或

① 王夫之：《张子正蒙注》卷三，《诚明篇》。

② 在佛教传入中国前，中国民间信仰中只有“天国”、“人国”两分。佛教传入后才有“阴间”或“阴国”、“阴曹地府”之观念。此后有“天国”、“人国”、“阴国”三分。此后人们的祖先多在“阴国”定居，并未到天国。阴国也有幸福，也能做官发财。

大自然的客观规律,自然法则;二是天或神的合乎道德的意志。有时人们分别此两含义而言天道,有时又合此二者而言天道。在不同的学派或思想家的学说中,“天道”有不同的侧重点,这种侧重或偏向又与他们的天本体论紧密地联系在一起。

天之道,在古代哲学里应包括三方面的主要含义。即:阴阳之道,五行之道,仁道。

1. 阴阳之道。

“一阴一阳之谓道”,这是《周易》对天道的高度概括。中国传统哲学认为,天地间的所有现象,所有存在,按其性质来分,可以分为两大类:阴和阳。如从自然物来分,天、日、山、火、男、牡为阳,地、月、川、水、女、牝为阴;从自然现象过程分,春夏、晴暖为阳,秋冬、雨冷为阴;从自然物或现象的性质规律来分,刚、健、热、伸为阳,柔、顺、寒、屈为阴;从人类社会现象来看,君、父、夫为阳,臣、子、妻为阴(此言人类社会成员构成);贵、富、尊为阳,贱、穷、卑为阴(此言人类成员之社会属性)。甚至精神现象亦有阴阳属性,如善、仁、爱为阳,恶、戾、残为阴^①。

阴阳这两者是物质元素还是自然和社会的属性或精神?即是说,它们是形而下之“器”或“气”,还是形而上的“理”、“道”?在不同的思想家那里有不同的回答。先秦时代似乎偏重于形而下之义,如《庄子·则阳》云:“阴阳者,气之大者也。”《管子·形势解》云:“春者,阳气始上,故万物生”;“秋者,阴气始下,故万物收。”《吕氏春秋·知分》云:“凡人物者,阴阳之化也。”《淮南子·天文训》言:“阴阳合而万物生。”这都是把阴、阳看成两种物质元素。汉儒董仲舒

^① 张立文:《中国哲学范畴发展史(天道篇)》,中国人民大学出版社1988年版,第263页、第275页。

似乎仍以阴阳为物质：“阳，天气也；阴，地气也。”^①但到了宋明时代，似乎更偏重于属性或精神之含义。如张载谓：“阴阳者，天之气也（亦可谓道）”，“一阴一阳不可以形器拘，故谓之道。”^②朱熹云：“天地间只有一个阴阳”，“包罗天地，也是这阴阳。”^③陆九渊言：“故太极判而为阴阳，阴阳即太极也。”^④太极即道。在同一思想家的言论中，有时以阴阳为形而下，有时又以阴阳为形而上，有时兼此二义而言。

无论以阴阳为形而上之道（精神、属性）还是以其为形而下之器（气，物质元素），关于阴阳的以下一些规律则基本上是大家公认的。这些规律可以叫做“阴阳之道”。

首先，阴阳相分相反相对待。中国传统哲学认为：阴阳是相互矛盾的，是矛盾的两个方面。《周易·说卦传》：“分阴分阳，迭用刚柔”；董仲舒云：“阴与阳，相反之物也。”“冬至之后，阴俯而西入，阳仰而东出，出入之处常相反也”；“阴适右，阳适左，适左者其道顺，适右者其道逆。”^⑤二程认为：“天地之间皆有对：一阴一阳，一善一恶”，“有阴则有阳，有是则有非。”^⑥这都是在阐明阴阳是有分别的、相对立的两个因素。不过这种分别、对立不可作机械理解。它们只是放到特定的分析框架中，才有分别、对立。

其次，阴阳相须，互为消长，极而必反，互相转化。《国语·越语》载范蠡语谓：“阳至而阴，阴至而阳”。《吕氏春秋·大乐》谓：“阴阳变化，一上一下”。《礼记·昏义》谓：“阴之于阳，相须而后成者

① 《春秋繁露》卷一三，《人副天数》。

② 《张载集·语录中》；《张载集·横渠易说·系辞上》。

③ 《朱子语类》卷六三、卷七十四。

④ 《陆九渊集》卷二三，《大学春秋讲义》。

⑤ 《春秋繁露》卷一二，《天道无二》，《阴阳终始》。

⑥ 《河南程氏遗书》卷一一、卷一五。

也。”《黄帝内经》云：“动复则静，阳极反阴。”^①王弼云：“阴之所求者阳也，阳之所求者阴也。”^②作为矛盾的两个方面，阴离不开阳，阳也离不开阴；无阴则无阳，无阳则无阴。“阴之与阳，乃更相反，阳兴则阴衰，阴兴则阳衰”，“阳极者能生阴，阴极者能生阳。此两者相传，比若寒尽反热，热尽反寒，自然之术也。”^③“阳长则阴消。”^④矛盾的两个方面不可分离，互为消息，互相转化。

第三，阴阳不可割裂：阴中有阳，阳中有阴。《黄帝内经》云：“日中至黄昏，天之阳，阳中之阴也”；“鸡鸣之平旦，天之阴，阴中之阳也。”^⑤张载云：“阴阳之精互藏其宅，则各得其所安。”“天象者，阳中之阴；风霆者，阴中之阳。”^⑥朱熹云：“阳在阴中，阳逆行；阴在阳中，阴逆行。阳在阴中，阴在阳中，则皆顺行。”“阳中有阴，阴中有阳，错综无穷是也。”“统言阴阳，只是两端，而阴中自分阴阳，阳中亦有阴阳。”^⑦只有阴阳二者双向互含互渗透，事物才和顺有序。

第四，阳尊阴卑。董仲舒的意见最有代表性，他认为：“阳始出，物亦始出；阳方盛，物亦始盛；阳初衰，物亦初衰……以此见之，贵阳而贱阴也。”“天之志，常置阴（于）空处，稍取之以为助，故刑者德之助，阴者阳之助。”“阴道无所独行，其始也不得专起，其终也不得分功，有所兼之义。”“是故阳常居实位而行于盛，阴常居空位而

① 《黄帝内经·素问·六元正纪大论》。

② 《王弼集校注·周易例略·明象》。

③ 《太平经合校》之《乐怒吉凶诀》、《守三实法》。

④ 《河南程氏遗书》卷一一。

⑤ 《黄帝内经·素问·金匱真言论》。

⑥ 张载：《正蒙·太和篇》。

⑦ 朱熹：《易学启蒙》卷二；《朱子语类》卷九四。

行于末。”^① 阴只能作阳的助手、配角。王弼云：“阳贵而阴贱”，“位有尊卑，爻有阴阳。尊者，阳之所处；卑者，阴之所履也。故尊为阳位，卑为阴位。”^② 这比董仲舒更进了一步。董氏以功能之异区分尊卑，王弼似乎以阳尊阴卑是先天无理由而定，与功用无关。

第五，阴阳和合化生万物。《墨子》云：“阴阳和合，莫不有也。”^③ 《庄子》云：“至阴肃肃，至阳赫赫……两者交通成和，而物生焉。”^④ 《荀子》云：“阴阳大化，风雨博施，万物各得其和以生”，“天地合而万物生，阴阳接而变化起。”^⑤ 《淮南子》云：“阴阳和合而万物生”^⑥。《黄帝内经》云：“阴阳者，天地之道也，万物之纲纪，变化之父母。”^⑦ 晋人刘智云：“阴阳对合，为群生父母。”^⑧ 二程云：“阴阳交感，男女配合，天地之常理也”，“氤氲，阴阳之感”，“天地阴阳之气相交而和，则万物生成。”^⑨ 在古人心目中，阴阳调和论有两重含义：一是说只有阴阳交合（如男女交合）才能化生万物；二是说只有阴阳调和（阴阳二者均不太盛或太衰，且保持阳尊阴卑之序）才能使世间任何事物和谐与正常。

第六，阴阳不调（或不和）则引起灾害。古人认为，阴阳二者若不能按前述秩序正常相对待，则必引起自然、社会、人身灾害。早在西周幽王时，周太史伯阳父就以阴阳不和解释地震：“阳伏而不能出，阴迫而不能烝，于是有地震。今三川实震，是阳失其所而镇

① 《春秋繁露》之《阳尊阴卑》、《天辨在人》、《基义》、《王道通三》。

② 王弼：《周易注·屯》；《周易例略·辨位》。

③ 《墨子·辞过》。

④ 《庄子·田子方》。

⑤ 《荀子》之《天论》、《礼论》。

⑥ 《淮南子·天文训》。

⑦ 《黄帝内经·素问·阴阳应象大论》。

⑧ 《全晋文》卷三九。

⑨ 《周易程氏传》卷四，卷一；《河南程氏遗书》卷一五。