

法史研究文集

西北政法学院
科研处
编

目 录

(中国法律思想史部分)

中国古代法律思想传统与社会主义法制建设

.....刘富起 (1)

中国法律思想史的学科建设问题

.....饶鑫贤 (15)

论中国地主阶级的刑法思想.....李光灿 (42)

试论中国封建法思想中的宗教神学影响

.....马朱炎 赵旭东 段秋关 (70)

论子产.....肖永清 (89)

评孔孟法律思想.....杨鹤皋 (115)

略论尉繚的政治法律观点.....张智仁 (139)

墨子自然法思想探析.....段秋关 (152)

“拨乱之政，以刑为先”.....倪正茂 (175)

治世与法制.....陈国礼 (197)

明初重典与朱元璋治国的两手策略

.....杨一凡 (211)

《大明律》与朱元璋的立法思想.....刘笃才 (232)

龚自珍的法律思想初探.....杨 堪 (249)

沈家本法律思想论略.....华友根 (260)

资产阶级改良主义思潮的兴起和清末变法

修律中“礼教”派与“法治”派之争

.....刘明湘 (289)

孙中山五权宪法思想探究.....王宏治 (304)

中国古代法律思想传统与 社会主义法制建设

刘富起

从实际出发，走自己的道路，建设具有中国特色的社会主义，是党的十二大为我国现代化建设确定的基本方针。毫无疑问，它也是我们开展马克思主义法学研究，加强社会主义法制建设必须遵循的基本原则。为了开创法学研究和法制建设的新局面，就不能一味照抄照搬别国经验，别国模式，必须从中国的国情出发，建设具有中国特色的社会主义法制。什么是中国的实际呢？中国的实际概括讲有两方面，一是现实的政治经济文化思想实际；二是历史经验，民族思想文化传统的实际；当然法学研究和法制建设首先要立足于现实的需要，研究历史的目的全在于为现实服务。“观今宜鉴古，无古不成今”，只有认真学习和研究法律史学，才能掌握古今中外法制建设的规律，从而用以指导我们更好地进行社会主义法制建设。本文试图从中国古代法律思想这个侧面，谈谈中国古典法学有哪些可资我们借鉴的思想传统。

一、德主刑辅与礼义教化

“德主刑辅”是自孔丘孟轲以来，儒家一贯相传的法律思想，它在长期的封建社会一直处于正宗地位。自汉朝以后

历代封建统治者无不推崇这一思想，并以此作为制定基本国策的理论依据。“德主刑辅”思想为什么能够长期辗转相袭，源远流长呢？因为它是剥削阶级长期统治经验的总结，反映了治国之道的规律性，即必须交替使用两手统治策略，不断调整统治阶级与被统治阶级关系，使阶级矛盾保持适中的限度。从治国方法来讲，必须正确处理治本与治标的关系，摆好德与法，礼义教化与刑事惩罚的位置。正是在这方面，剥削阶级出自本阶级狭隘的私利需要，以及对历史的经验总结，自觉不自觉地接触到法律运用的规律性问题。“德主刑辅”思想的形成和发展，就是剥削阶级思想家不自觉认识规律性的一种反映。

二千四百多年前，首创这种理论的是孔丘。当然孔丘的思想还可以追溯到西周时代周公的明德慎刑思想。不过把“德主刑辅”理论化和系统化，还是始于孔丘和孟轲，随着时间的推移，这种学说的含义和内容也不断丰富和发展，但基本精神没有变。

这个基本精神，就是当初孔丘所概括的，以德治为主，刑罚为辅，以义礼教化为本，以刑罚为末，以德服人，以德去刑。在孔丘看来，只有实行德治，重视礼义教化，才能从根本上减少乃至消灭犯罪，而单靠刑罚，那怕是严刑峻法，只能暂时奏效，解决不了根本问题。他说：“导之以政，齐之以刑，民免而无耻，导之以德，齐之以礼，有耻且格。”^①又说：“安上治民，莫善于礼”，“为政以德，譬如北辰，居其所而众星拱之”。^②孟轲则说“以力治人者，非心服也力不赡也。以德服人者，中心悦而诚服也。”^③孔孟所说的“德”，是指“德治”或“仁政”而言。在我们看来，所

谓“德治”、“仁政”，只不过是掩盖阶级剥削和阶级压迫的欺骗字眼。自有国家以来，就是一个阶级对另一个阶级的专政，根本无德政和仁政可言。然而在春秋战国时代，儒家提出德治或仁政的主张，却有要求统治者修身正己，限制剥削的用意。孔丘说：“政者，正也，子帅以正，孰敢不正”。④“不能正其身，如正人何？”⑤国家兴旺安定，决定因素不是刑杀，而是统治者的德政。

孟轲继承和发展了孔丘的思想，提出了“仁政”理论。“仁政”的内容包括“制民之产”、“薄税敛”，“省刑罚”等经济和政治主张。

他们所说的“礼”，有两方面含义，一是遵守宗法等级制度的礼节仪式，典章制度和行为准则；二是要进行仁、义、礼、智、信等伦理道德教育，从而使统治阶级内部和谐一致保持自家而国的宗法秩序。可见，“德主刑辅”思想，不是一种标榜口号，也不是空洞的抽象原则，而是具体内容的理论概括，其核心是强调礼义教化，用孟轲的话说：“善政不如善教之得民。善政，民畏之；善教，民爱之。善政得民财，善教得民心。”⑥所以后世的思想家，每当谈到德主刑辅时，都把“德行教化”摆到首位。贾谊认为，只有礼义教化才能“绝恶于侵未萌，而起教于微渺，使民日迁善远罪而不自知也”，只有“以礼义治之者”才能使人民根本没有“为非”，“作乱”的思想所以他说：“夫礼者禁于将然之前，而法者禁于已然之后。”礼侧重于教化劝善，“防患于未然”，法则惩戒于后，侧重于罚恶，两者各有不同的作用。董仲舒又用“大德而小刑”的思想进一步论述了德主刑辅的思想。他同样强调礼义教化的重要。他说：“道者，所由适于治之路也；仁

义、礼、乐，皆其具也。故圣王已没，而子孙长久，安宁数百岁，此皆礼乐教化之功也”。如果封建统治者以德治理天下，那么天下就“甘于饴蜜，固如胶漆”，⑦所以君主务必“以教化为大务”。他把礼义教化比作堤防，教化行，刑罚甚轻而民不犯；教化废，堤防坏了，刑罚也很难起作用。

“德主刑辅”理论在春秋战国，正处于群雄争于气力的时代，被当权者视为一种不合时宜的迂阔之见，没被采纳，但是在封建统治巩固和发展时期，这种理论却被历代封建统治者重视，把它当成求得“长治久安”的灵丹妙药。汉以后的历代开国皇帝，为了安定人心，缓和阶级矛盾，恢复和发展生产，在经济上，实行轻徭薄赋，与民休养生息政策；在立法上，强调法贵简当，立法简约，废除肉刑，删削繁苛；在司法上，力主守文定罪，慎刑恤典。所有这些政治主张及其实践，就其思想理论渊源说来，无不受儒家德主刑辅思想影响。仅从唐初贞观之治局面，可以看出，“德主刑辅”思想有利于稳定封建社会秩序，有利于社会生产发展，它对于限制统治者过分剥削和压迫，求得“适中”的统治，起了一定制约作用。

总之，我们对“德主刑辅”与礼义教化的思想，要一分为二的看，既要看到它的消极保守的一面，又要充分肯定其中合理的因素。抛开礼义教化的具体阶级内容不论，单就其学说其理论所反映出的规律性，至少有两点值得我们借鉴。

一是从历史与现实的联系上，从理论与实践的结合上，正确地解决好道德与法的关系。“德主刑辅”思想，实际就是讲的道德与法的关系，这是法理学的基本理论问题，德主

刑辅就是对这两者关系所作的理论概括。而且这种理论形态是具有中国民族特色的古典法学。因为中国古代法的概念不是一种权利观念，而是偏重于惩罚罪恶，所以法与刑是同义语。而道德的内容又是以宗法等级制度和纲常名教为其核心。这同西方建立在交换发达的商品生产基础之上的权利观念与之相适应的正义论法律观有不同的特点。中外法律思想史表明，道德与法从来都不是绝然分离的，而是互相补充的两种社会控制手段。在早期的阶级社会，道德和舆论是社会控制的主要力量，以后便代之以有组织的宗教进行社会控制。法律的社会控制职能，是在此基础上逐渐形成发展起来的。美国社会法学派的代表人物庞德，曾把法律发展划分为原始法律时代、严格法律时代、自律法或平衡法时代、法律成熟时代和法律哲学的兴起。当然这种分法是不科学的，仅从表面形式分类，无助于说明法的实质。然而他试图说明，除了严格法和成熟法时代，法是离开道德而独立的，其余几个阶段则是法与道德的结合。此外，还有不少思想家也在法与道德关系上大作文章，有的说，道德是属于内心法，而人定法是调整人的外部行为。不论怎么说，集中到一点，就是法与道德既有联系又有区别。

历史经验表明，任何时候不可忽视道德在维护法制中的作用。当今我们在加强社会主义法制建设的同时，应当深入的研究与道德关系，尤其要注重研究司法和执法道德，这是摆在我们面前的新课题，国外学者已经开始研究这个问题。

二是要立足于治本，把思想教育放在首位。这是从德主刑辅，礼义教化中得到的第二点启示。治国安邦千头万绪，

必须狠抓根本。我们在加强社会主义法制建设中，不能忽视共产主义思想教育。以共产主义思想为核心的思想建设，是决定着我们的精神文明的社会主义性质。我们不仅要努力提高每一个社会成员的精神境界，而且要建立和发展新型的社会关系。只有使社会成员有更多的人成为有理想、有道德、有文化、守纪律的人，才能自觉地遵守和维护社会主义法制，从根本上减少犯罪。社会主义法制建设，应当立足于教育人挽救人，把思想教育同综合治理结合起来，建立一套严密的法制系统，从学生守则到职工条例，从城市文明公约到农村的乡规民约，都要体现法与道德的结合，把思想教育成果用规范形式固定起来，不断提高思想教育的科学性和理论性，使人们心中的“道德法”在维护社会主义法制和建设社会主义精神文明和物质文明中发挥更大威力。

二、依法治国，一断于律

我国自进入阶级社会直至清末，在政体上都是不同程度的君主专制。皇权至上，君主至高无上，被视为天经地义。皇帝是唯一的立法者，有权立法也有权废法，君主擅断，凌驾于法律之上。所以说，在我国奴隶社会和封建社会，一般都不是以法治国的。但是我国历史上的法家和地主阶级中有识之士，从维护地主阶级整体利益出发，也曾提出并制定了依法治国的方案。有的思想家和政治家，为了实现自己的法律主张，不畏权贵，同破坏封建法制的豪门贵族进行了顽强的斗争。他们的法律主张及其实践，史不绝书，代有人传。尤其战国时期五大法家的法治思想，曾使我国古代老法家园地

呈现一派欣欣向荣的景象，为古典法学宝库留下珍贵的遗产。

法家的法治理论虽有不少糟粕，但其中有些理论，或多或少反映了法律的规律性，时至今日对研究法理学仍有参考价值。

这些有借鉴意义的思想概括起来主要有以下几方面。
产。

1、“明法审令”，“使私不害公”。打破奴隶主阶级对法律的垄断，公布成文法，是法治战胜礼治的一大胜利。吴起为了自上而下推行变法，坚决主张“明法审令”。商鞅说：“为法，必使之明白易知，”⑧力求做到家喻户晓，使“万民皆知所避就，”⑨“吏不敢以非法迁民”。为了保证法令严肃性，准确性，他宣布，有谁敢否定法令，损益一字以上者，罪死不赦。韩非从法理学方面进一步指出，法的存在必须通过规范形式表现出来。他说：“法者，编著之图籍，设之于官府，而布之于百姓者也”。⑩这就是说，公布成文法是实现依法治国的第一步。

关于法的性质和作用，中国古代思想家一般都把它比作绳墨、规矩、权衡和尺寸，以示公道。慎到认为法的最大作用就在于“立公弃私”。他说：“法制礼籍，所以立公义也，凡立公所以弃私也”⑪。又说：“法之功莫大使私不行”，“有法而行私，谓之不法”。慎到在中国法律思想史上，是第一个系统地提出公道法律观的人，在当时，这个理论不仅是反对礼治的有力思想武器，而且为后世法理学提出了重要的论题。

2、法律平等，一断于法。在先秦法家们看来，保证法治实行的关键，在于“唯法为治”，“事断于法”，“刑无

等级”，“君臣上下贵贱皆从法”，“法不阿贵，绳不挠曲，刑过不避大臣，赏善不遗匹夫”等。所有这些十分精辟的见解，表明他们已经懂得法律的基本特征，要求赋予法律以普遍的约束力。然而在朕即法，言出法随的专制时代，不可能做到法律面前有平等的权利。但是作为中国古典法律思想传统，应该继承发扬。

秦王朝实践了法家理论，并把法家学说的片面性绝对化推向了极端，结果导致短命而亡，曾经活跃一时的法家理论一蹶不振。后起的封建王朝从秦朝“弃礼义，捐廉耻”的教训中，取法家理论之长补儒学之短，在新的历史条件下，使儒法合流，从而把中国古典法学推向一个新的发展阶段。此间萌发出守文定罪，罪刑法定和司法独立的思想，标志着封建地主阶级中的开明人物的法制观念有了进一步加强。他们从本阶级的长远根本利益着想，似乎也懂得，法律应当是一个“普通的规范”，而不是“个人恣意横行”，法律不仅约束被统治阶级，也约束统治阶级自己。

可是，这个带有规律性的深刻道理，至今我们有些人不明白。有法必依的观念，在有些人头脑中扎根不深，有少数掌权人习惯于独断专行，个人说了算，依言不依法，自命特殊，居功自傲，不愿意接受法律约束。还有少数人依仗手中掌握的一部分权力，置法律于不顾，任凭一时感情冲动“以言代法”，或“以言废法”，凡此种种特权思想与民主和法制的精神是水火不相容的。在法律面前，承认特权就等于承认封建主义，有法不依等于无法。党的十一届三中全会明确指出，为了保障人民民主，加强社会主义法制，必须“做到有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”。增加法制观念，严格依

法办事，是依法治国的前提。我们的法律代表了全国人民的意志和最大的利益，也集中反映了党的政策和主张。反对和破坏法律就是损害全国人民的最大利益。

中外法律史表明，依法治国是历史发展的必然趋势，也是一个社会文明程度的重要标志。历史上任何一个统治阶级若想建立长期稳定的统治秩序，就必须建立和维护自己的法制，这是一条毋庸置疑的规律，即使无产阶级领导的社会主义国家也不能违背这条历史规律。

三、“徒法不能自行”，“有治人、无治法”

中国古代法律思想家和政治家每当谈到法治时，总强调吏治。他们认为整饬吏制，必须加强法制，为了维护法制又必须从治吏入手，这就是所谓“治人”与“治法”的统一，

古代的人治概念与现在我们所说的“人治”，不完全相同。孔孟强调“人治”，主要是从统治方法的角度来立论的，是指贤人政治而言，重视统治者的贤德作用，而轻视法律的强制作用。

荀况是从法理学的角度来论述“人”和法的关系，所以他的“人治”与“法治”的理论在法律思想史上有较大的意义，并对后世产生深远的影响。

荀况虽然强调法治的作用，但将法治和人治相比，更重视人治。在他看来，治理国家起决定作用的是人，法只是“治之端”，“治之具”。“有治人，无治法”^⑬，是他强调人治的第一点理由。荀况说：“有乱君，无乱国”，有使国家混乱的君主，没有注定混乱的国家，有能把国家治好的人没有自动施行的治国之法。法对于治理国家固然很重要，即

“法者，治之端也”，但法毕竟是由作为统治的“人”来制定的，所以说，“君子者法之原也”，或“君子者，治之原也”。因此法的好坏完全取决于立法和执行法的人好坏，“故有君子，则法虽省，足以遍矣；无君子，则法虽具，失先后之施，不能应事之变，足以乱矣”^⑭有了君子，虽然法很简略也能通行天下，尽管法很完备，由于不能应付情况的变化，也必然会造成混乱。由此，他便得出结论，法“得其人则存，失其人则亡”。

“法不能独立，类不能自行”，是他强调人治的第二个理由。荀况认为，即是有了良法，还得靠人来掌握和贯彻，否则将成为一纸具文。法作为“治之具”，如同契券、衡、石、斗、斛等“械数”，只有靠人去运用方能见效。法也同样，无人运用，它不可能自行产生治国的效力，它必然随着执行者的贤能与否出现不同的效果。只有贤者才能“知法之义”，从而“正法之数”，更好地运用法律。

“有法者以法行，无法者以类举”，是荀况强调人治的第三点理由。他说，国家大事非常复杂而又千变万化，法律不论怎样完备，它不可能对社会问题概括无遗，又不能随机应变，这就需要人的智慧灵活运用和当机立断。

正是从这种思想出发，荀况极力主张“尚贤使能”，破格用人。只有“贤者”才宜在高位。有道者在位，天下安宁；无道者在位，天下大乱。君主必须修身，成为臣民的榜样。他说：“君者仪也，民者影也，仪正而影正。君者盘也，民者水也，盘圆而水圆。”“君义是治之源”，“原清则流清，原浊则流浊”。所以君主治国必须“正本清源”。

总之，从荀况的人治思想可以看出，他虽然重视“人治

也要法治，他没有把人治和法治对立起来，只是说法不能离人而立，不能离人而行，人的起决定作用的。在他看来，“最为天下贵”的是人，人既然在自然规律面前可以“人定胜天”，“制天命而用之”，那么在社会规律面前，在“人道之极”的礼法面前，当然也可以“人定胜法”。

荀况的人治思想为封建社会的吏治奠定了理论基础。由于法家主张“明主治吏”，而后治民，因此治吏就成为统治者关心的首要问题。因为吏治直接关系到王朝治乱兴衰，所以封建立法更注重治吏。秦简《吏道》为官吏规定了一系列必须遵循的行为规范，即“凡为吏之道，必精洁正直，谨慎坚固，审悉毋私，微密鉴察，安静毋苛，审当赏罚”，并将这些原则规定用“五善”和“五失”具体化。

随着封建政治经济发展，统治经验不断丰富，封建立法渐趋完备，要求实现司法专业化，要求官吏必须学法知法，明习律令，研究法学。为此更加注重法吏的考核和选拔。白居易从唐朝前后期执法情况的对比中，认识到既要有贞观之法又要有贞观之吏，才能使唐初的政治局面重现。他说，法要靠人来执行，没有好的司法官吏，单有好法也不会自行起作用。“官吏不循其法”，“朝廷轻法学，贱法吏”，执法官吏不是贤良之士，势必在执法中会出现“刑一而用二，法同而理殊”的坏法滥刑现象。这些人置法律于不顾，科罪量刑“随其喜怒，出入比附，由于爱憎”。他们肆意贪赃枉法，袒护包庇亲朋故友，有意陷害忠良。为此，他主张选法吏，“悬法学为上科”。为了维护法制必须从整饬吏治入手。从国家来讲，要提高法学的地位，对执法官吏要严格进行考核和选任。法吏必须经过科举考试，只准许贤良者应考，考试合格

者，尚须经过一段实际考核，然后才能允任法官，法官必须明习律令。只有这样才能“以法从事”，使“舞文之弊，不生于刀笔之下”。^⑮

王安石在变法中，特别重视培养司法专门人才。他说：“守天下之法者吏也。吏不良，则有法莫守”。^⑯单有善法不足以治好国家，还必须有好执法官吏保证“善法”贯彻执行。官吏能否守法和执法直接关系到国家安危。为了培养司法官吏，他主张设立律学专科学校，专门教律令和断案。在科举考试方面，设立“明法”新科，考试律令、《刑统》大义和断案。凡应“明法”考试而被录取者，由吏部列入备用司法官吏。这样一来，王安石就从理论到实践上把“治人与“治法”统一起来，把法学教育，培养司法专门人才，实现司法专业化推向一个新的发展阶段。

在二千多年封建社会里，历代开明皇帝，出自于加强吏治，整饬官风，维护封建法制的需要，他们也嘉许和褒扬清官，千百年来人们之所以对“清官”传颂不衰，史不绝书，就是因为他们执法如山，刚直不阿、廉洁奉公。他们在维护封建统治中，确实起到本阶级的自我调节器的作用。历史上清官不畏权贵，坚直廉正，铁面无私，持法公允的品格，即使对我们无产阶级司法干部来说，仍有一定的借鉴意义。

古今道理相通。当今我们强调依法治国，不但没有否定人的作用，相反对司法干部提出了更高的要求。只有建立一支坚强的执法队伍，才能适应法制建设新时期的需要。叶剑同志在五届人大二次会议闭幕词中，强调指出：“要进一步加强司法战线”，“我们必须调集足够数量优秀干部充实司法部门”。党中央十分重视解决司法队伍质弱的问题。质弱

一个重要表现，就是审判人员不完全懂法，不能严格依法办案。这个问题不是从文化大革命才开始有的，而是由来已久，有其深刻的历史原因。所以司法人员要系统学法，懂法就成为刻不容缓的头等大事。

法制建设的迅速发展，要求法学研究和法学教育必须跟上时代的步伐；然而我们的理论准备很不充分。法制建设的客观实践，已敲开了法学研究的大门，要求理论法学、部门法学，历史法学等研究工作必须急起直追，开创法学研究的新局面为，立法和司法提供理论依据和历史资料。

早在古罗马流行一种谚语：“罗马法学家创造了罗马法”。当然这种说法是不科学的，但从中可以说明，罗马法的地位和影响，与罗马法学家的理论贡献是分不开的。拿破仑法典之所以在大陆法系中别具一格，以讲究技巧文字和风格而著称于世，是因为拿破仑重用有素养的法学家的结果。在美国，二十世纪初社会法学派的一些主张主要是通过“异议意见”中表示出来，但在罗斯福实行新政时期，以庞德为首的实用主义法学派的法官最后在最高法院取得了绝对优势。庞德不仅常坐大学讲坛传授理论，而且直接参与立法司法事务，使其学说理论在司法中起了实践指导作用，使美国社会司法风气为之大变。

从这里可以得到一点启发，在加强社会主义法制建设中要充分发挥法学研究和法学理论工作者的作用，为理论研究与实际紧密结合，开辟新的更广阔的途径

总之，在历史悠久的中国传统法律思想文化中、凝结着人类的宝贵智慧和丰富的治国安邦的统治经验。对待这些思想文化遗产，我们应当本着“古为今用”的原则，在推陈中

出新，“化腐朽为神奇”，在批判中继承。站在时代的高度根据我们的新认识和客观实际需要，重新学习马列主义理论并运用马克思主义基本原理对历史材料进行具体、全面的分析，从中揭示历史发展的规律。这就是法律史学研究工作的出发点。我们对历史规律问题揭示的愈深刻，愈全面，它对认识和改造现实世界的借鉴作用就愈大，因而对社会事业愈有益。所以不畏艰苦地探索法律史各个方面的规律性，是摆在我们面前最有意义的课题。

①《论语·为政》

②同上

③《孟子·公孙丑上》

④《论语·颜渊》

⑤《论语·子路》

⑥《孟子·尽心上》

⑦《春秋繁露·立元神》

⑧《商君书·定分》

⑨同上

⑩《韩非子·难三》

⑪《慎子·威德》

⑫《太平御览》六三八

⑬、⑭《荀子·君道》

⑮《白居易集》卷66~65

⑯《王文公文集·度支副使厅壁题名记》

中国法律思想史的学科建设问题

饶鑫贤

中国法律思想史，是我国社会主义法学的一个重要的分支学科，属于作为基础法学的主要部门之一的法律史学的范围。它以马克思列宁主义、毛泽东思想为指导，以我国历史上的各种法律理论和观点作为研究对象，主要在于揭示这些理论和观点的内容、本质、作用和特点，阐明它们形成、发展、演变和相互斗争、相互影响、相互吸收的过程与规律。要求通过发掘、研究、总结和批判继承我国丰富的法学遗产，以达到“古为今用”、为建设有中国特色的社会主义法学和法制服务的目的。对于这门学科的研究，近些年来，进一步受到了法学界的重视，大多数高等政法院校已经或正在准备开设中国法律思想史课程，研究工作也有所开展，形势的发展要求我们大大加强这门学科本身的建设。现在，根据我们粗浅的体验，试就这门学科建设中的几个问题，作一些初步的探讨。

关于指导思想

无论是作为法学或者史学的一个部门，中国法律思想史都必须以马克思列宁主义、毛泽东思想作为指导思想。在这方面，有许多历史的经验教训是值得我们认真吸取的；能不