



徐进／著

第一卷

山东大学出版社

中国古代
正统法律
思想研究

中国古代正统法律思想研究

第一卷

徐 进 著

鲁新登字 09 号

责任编辑 王延梯

封面设计 牛 钧

中国古代正统法律思想研究

第一卷

徐 进 著

*

山东大学出版社出版发行

山东安丘一中印刷厂印刷

850×1168 毫米 大 32 开本 18 印张 450 千字

1994 年 10 月第 1 版 1994 年 10 月第 1 次印刷

印数 1——500 册

ISBN 7-5607-1387-4

D·180 定价: 15.80 元

序

中国法律思想史是一个用之不尽取之不竭的智慧的宝库。总结和发掘中国法律思想史上各家各派的思想主张,是我们法史学界的一项光荣而又艰巨的历史任务。

中国历史上各家各派的政治法律思想虽然五彩缤纷,各有差异,但归结起来都是在探讨国家如何才能达到长治久安的根本途径和方法。司马迁在论及各学派的主张与趣旨时云:“天下一致而百虑,殊途而同归。”关键在于如何取舍与应用。用之得法,则收效必大;用之而不得法,则必招来损失。这一点早为历史所证明。

中国古代的正统法律思想可以说是经过验证的行之有效的治国安邦的主张。是一种最有生命力的理论学说。它不但在历史上起过重要作用,也有强烈的现实意义。

本书作者徐进同志多年来一直从事中国法律思想史的教学与研究工作,虽系一位青年学者,但已硕果累累,本书的出版就是他在这个领域里所取得的一项最新成果。本书最大特点是对中国古代正統的法律思想的形成与发展作了系统的论述,并明确指出中国古代正統法律思想不能笼统地表述为儒家的法律思想,而是儒法合流,又吸收了道家、墨家的思想精华而构成的思想体系。正統法律思想的代表人物是主张“隆礼重法”的荀况,既不是孔子,更不

是孟子。作者对儒法合流及荀况对百家思想的吸收、批判与扬弃，有比较深入的研究。

过去研究中国法律思想史的著作，多从微观上论述一家一派的思想观点，而本书则从宏观上从整体上研究一个学派、一个时代的法律思想的特点以及整个法律思想的发展沿革。在论述中不是简单地回答历史上有什么思想，而是着重说明中国历史上为什么会有这种思想，这种思想是怎样产生的，他与同时存在的其他思想有何异同与联系，以及它对后来的思想发展有什么影响，等等。作者的宏篇巨著向我们展现了中国古代正统法律思想的丰富的内涵和宏大的体系，使我们不仅从微观上而且从整体上把握了这种法律思想的全貌。

总之，《中国古代正统法律思想研究》一书，是中国法律史研究中的一项重要的成就，从一个侧面反映了中国法律史学科的提高与发展。笔者看到这一学术成果问世感到异常高兴，故欣然命笔，成如上数语以为序。一方面对作者的成就表示祝贺，另一方面向法学界和史学界的广大读者推荐一本好书。

乔伟

1994年11月19日

序

中国法律思想发展的长河有一条主流,只有找到了这一主流,才能真正把握中国法律思想的特质,才能真正了解中国法律文化。徐进同志的《中国古代正统法律思想研究》正是要发现这条主流。古代典籍浩如烟海,一般地翻检历史资料无法弄清主流之所在,因为没有哪个前人告诉我们这条主流何处发源,流向何方。仅仅靠搜寻文献中关于法、律、刑、典、格、式、课、程等的论述,或仅靠剪辑参与立法和审案活动的人的言行的资料,也无法达到真正了解中国法律文化的目的,因为不管是多么著名的历史人物、多么重大的历史事件,都只是这条河流中的浪花,而不是它的整体。法律思想的主流是由民族文化的一般特征决定的,是民族文化的主要表现,我们应当到民族文化的整体中去探索。徐进同志进行了这种跳出法的小圈子的探索。正统法律思想的正统不只在于它获得了当权者的肯定,更在于它实际上代表了中国法律思想发展的主流,体现了民族文化的精神。

从夏到西周,法律思想的产生是同王、民、天三者关系的变化联系在一起的。真正的法律思想是在天被怀疑,民受重视的时代产生的,它一开始就同民结下了不解之缘。从春秋到战国,天和民的地位是前者消后者长,而法的思想和法的实践都是由重民向着人际关系方面发展。儒、墨、道、法学说各有长短,然而他们共同的基

础是人，他们学说的共同的基调是处理人际关系。几大家派之间互相批评、互相吸收，说到底都是关于对人的看法，对如何处理人与人之间关系的主张之间的吸收与排斥。法家、黄老、汉儒在政治舞台上的升沉，实际上就是处理人与人之间关系的不同方法的互相替代。董仲舒那里有天，墨子那里有鬼，道家那里有羊群、禽兽、死人，但所有这些都是为了人。可以说中国法律思想的主流就是关于如何用法或其它手段处理人与人之间关系的主张、学说。这就是说，这个主流（一）不是关于人同神或天或其它崇拜对象之间关系的学问；（二）不是关于人同自然之间关系的理论；（三）不是关于法律内部结构、法律概念、法律逻辑等的知识系统；（四）不是儒家、法家或墨家、道家等单独哪家的学说，而是综合了各家长处的以荀子、董仲舒等的学说为代表的理论体系。

徐进同志完成了对他选定的主题的研究，他的著作得出了上述前人未曾求得的结论，仅凭这一点，我们就不能不说现在出版的这本《中国古代正统法律思想研究》是一本难得的好书。

得知徐进同志要用三卷来完成他的中国古代正统法律思想研究，现在出版的只是其中的第一卷。希望能早日看到后面的第二卷、第三卷。

栗 劲

1994年11月

于长春寓所

自序

一种强烈的使命感推动我选择了这个课题。中国法律思想,民族文化中最深厚的宝藏,睡卧典册几千年,并随着时间的推移而不断扩大历史的沉积。前辈学者充当开掘的先锋,获累累硕果,然终因投力不足,大量的更深入的研究工作尚待后来者。我虽自知愚钝,于史于法知之浅少,识之或谬,但却有抽宝剑截昆仑以报哺恩、酬盛世的勃勃雄心。岁月未空过,泼墨发将白。现在堆成的这本小书,或许已足自慰。

虽然前路乏知己,但我却一再把寻幽的目标前移。我计划从现在起再用五六年的时间完成这部规划为三卷的著作的后两卷。下一步的目标是写一部中国近代民主与宪政思想研究,探讨西方近代文明的传入及其同正统思想之间的关系。对中国共产党人法律思想的研究也在我的研究日程中。四面出击或为不智之举,但我以为,只有贯通古今,才能真正把握历史跳动的脉搏,才能真正弄清今的是非和传统文化在当代的价值。纯史没有现实价值,不知史难悟当今真谛。

为学难,为学义,为义不辞难。我已上路,义无反顾。

著者

1994年5月于泉城

前 言

—

本书所说的正统法律思想是指在中国历史上以中华民族的思想观念为基础逐渐形成的具有特定思想内容,始终占有中国思想领域最重要地位,并在较长历史时期实际支配统治集团行动的法律思想体系。它首先是中华民族的思想,因为它来自于中华民族最早具有全民族意义的那些思想观念,而不是来自于任何其他民族的某种意识;因为它主要是在中国先人的不同主张、观点的斗争、激励、融合的过程中形成起来的,虽然在发展的过程中也受到外来文化的影响,但那只不过是一个健康的机体接受了一点更有益于健康的刺激;因为它是中华民族的社会生活的果实,是中国社会的政治、经济、文化等的结晶,而不是任何其它社区人们生活经验的总结。它具有特定的思想内容,这特定的思想内容就是以儒家思想为核心吸收道、墨、法等家思想精华而构成的观念体系,或者说就是经过荀况改造的新儒家法律思想。在它形成确立的过程中,儒家处核心地位;在它确立之后,由少数民族贡献的一些思想,人们新的社会实践创造的新思想,某些外来思想的成份,都只是使新儒家法律思想的统治地位更加突出。这种思想是汇溢分合的中国思想

源的主流。在战国百家争鸣的时代,虽然法家走红,但可以说法家只是控制了政权,而儒家却依然统治民间,是中国社会影响最深最广的一种思想。正统法律思想并非始终支配统治集团的行动,至少在战国时期不能说它已取得了这种地位。但在汉中期以后,正统法律思想的支配地位逐渐巩固,在以后的历史中也比较稳固。春秋战国时期以孔孟为代表的儒家思想始终没有取得排它的统治地位,经荀况改造的新儒家法律思想,制作精良,合于实用,经董仲舒的鼓吹和汉武帝的推崇,幸登统治宝座。孔孟之儒向正统法律思想提供了基本思想,但它并不是正统法律思想本身。

在王朝的延续、继承上,“有离,有绝,固无统也”,当然也就无所谓“正”统。(见王夫之《读通鉴论·叙论一》)但这却不能说明中国法律思想也没有正统可言。王朝正统是一家一姓私天下的概念,而我们所说的正统思想却是以整个中华民族为出发点。王朝正统要求君王万世一宗,王权不出家门,而我们讨论的正统思想是以整个民族为载体,由整个民族一代又一代地继承、发展。王朝有“离”、“绝”,一群武士便可使政权易姓,瞬间发生的政变便可使王朝失续,但中国古代自汉取得统治地位的法律思想却没有发生“离”、“绝”。它之所以没有象政权那样,或同王朝一起“离”、“绝”,其基本条件有二:一是它属于精神范畴,人们无法象对待具有“物质”特性的政权那样一夜之间将其摧毁,相反,即使是那些亲手摧毁旧政权的人们也常常都是受了曾经支配旧统治者的那种思想的支配。君王被杀了,思想的载体并没有同被杀的君王一起辞世。皇帝宝座上的人换了,但新换的皇帝并未将如何在这个宝座上发号施令的原则、精神清洗掉;二是在中华民族发展的历史上,虽然不止一次地发生较少接受这种思想的少数民族取得对全中国的统治权的情况,但这些被我们的固守着夷夏观念的先人贬称为蛮夷的统治者,

没有也不可能改变为广大中国人所普遍接受的正统思想。如果把这些统治者称为后来者,那么,这个后来人与被其统治的人民来说,只是个少数,他们即使运用了政权,也无法改变广大中国人的具有全社会性的思想观念,相反,他们为了更有效地统治在数量上远比自己民族众多的人民,不得不学习为这些人民所接受的传统思想。不管我们把这个学习的过程称为民族融合还是落后对先进的学习,客观的结果都是正统思想为后来者接受。总之,不管是一般的王朝改姓,还是少数民族南下夺取中央政权,王朝正统被打破都没有造成统治思想的根本改变,正统思想的正统地位都没有因此受到威胁。

正统法律思想并不是哪个人的思想,这同王朝正统说把政权划归某一家族不一样,中国古代的正统法律思想也不是单独哪个家派的思想。就形成来看,中国古代的正统法律思想本来就是一个多源的流,或者说是多家诸子共同的创造,无数先辈智慧的结晶,社会、统治集团反复选择、调试的结果。汉代人 对先秦学术做了诸子百家的划分之后,研究者们常常着意寻究差异、对立、矛盾,但诸子百家的矛盾是同一文化环境中的矛盾,而不是不同文化之间的矛盾。他们之间更多的是同,是连他们自己都无法摆脱的同,而不是异,正因为这样才有不同学派间的融合。正统法律思想的地位确立之后,这种正统法律思想仍然不是挂在某人或某个学派名下僵死的理论体系,虽然人们很想为这种思想体系选择一位标准的代表人物,比如选孔子,人们也常常以这种思想体系的某些原则、主张为尺度,排斥其它学派,攻击其它观点,力图维护正统思想的纯洁,然而,任何活的思想体系都不是固定不变的,都不会久拘于僵死的框框和有限的观点。中国古代正统法律思想形成之后,统治经验的积累,人们的认识水平的提高,推动它的调整;社会实践中新

情况、新问题的挑战,促使它不断有新的发展、完善。当然,人们认识中的错误有时也使它自身的弊端加大。不管是完善或是产生错误,有一点是相同的,那就是变。中国古代正统法律思想是一个相对稳定的思想体系,但也只是相对稳定。它不是一成不变的。

二

本书无疑是以中国古代历史上的各种法律理论和观点为研究对象的。然而,仅仅这样说又是不够的。在我的研究工作中,有这么几个想法是贯彻始终的:

首先,我并不想全面地罗列中国历史上的所有法律理论和观点,而是集中力量研究对中国政治发生了重大影响,对古代法治发挥指导作用,构成较完整理论体系,足以代表我们民族法律文化特点的系统思想、学说。诸如农民起义中提出的某些观点等,一般都不涉及。这样做并非以观点提出者是否掌权为取舍的根据,而是以思想在中国历史上的实际地位和作用为取舍的标准。我要解决的是正统法律思想同中华民族的发展之间的关系问题,而不是要给中国古代的法律思想主张列清单。

其次,我希望从整体上把握中国古代正统法律思想,研究部分是为了认识整体,因此,我关心的是对整体有贡献有影响的思想,而不是某些支离破碎的主张,是思想观点及由观点组成的观念体系,而不是某一观点属于哪一个具体的历史人物。不管是先秦诸子的著作,还是其它著者不明或非一人的作品,我是把它当成一个时代或一个学派的思想来看待的,而不是专门考证某人具有某种思想;我是研究这种思想对历史的贡献,而不是专为某个思想家树碑立传。不管对哪个思想家的著作,我探讨的都是具有时代性的那些思

想主张,而不是书中写下的所有主张。我写的这本书是中国古代正统法律思想形成发展的历史,而不是重要历史人物法律观点评介。

再次,对法律理论和观点在历史这门学问中应以历史的眼光来理解,有些理论、观点起初可能与法律无关,但历史的发展却使之与法律结缘。比如儒家的仁、道家的无为,它们看起来全无法律的味道,但它们又是比一般法律观点更为重要的法律理论,它们是法的更深层的精神。再如孔子的“父子相隐”的“直”论、阴阳家的“月令”,它们都不是由统治阶级“制定或认可”的,但统治阶级在实践中又接受了它们作为法律制度,关于这种法律制度的思想只能从那本来并非法律的主张、行为中去提取。我们不是拿着只能显示法、刑的放大镜去检索资料,而是要研究法律理论、法律观点及其形成、发展。

最后,我们不仅想知道历史上有什么法律理论和观点,而且更想知道为什么有某种法律理论和观点,以及有这种观点是否合理,因此,那些能够告诉我们或能帮助我们弄清“为什么”以及“是否合理”的事物、思想等,也在我们的研究范围之内,比如关于人、国家的看法,礼、家族制度、财产关系等等,对正确全面地认识中国古代法律制度的状况及发展,分析正统法律思想的正确与错误,有不可替代的作用,我们没有必要把它们排除在我们的研究范围之外。我不想给本书中涉及到的事物、观点都贴上法的标签,也不担心这本书会被别人讥为政治思想史的翻版。正象研究政治思想的人可以通过对法律思想的考查来论述古代的政治思想一样,我们完全可以也有十分的必要通过对古人政治思想、经济思想、伦理思想等的某些重要内容的研究,对法律思想做出更合乎实际的评述,更清楚地认识古代正统法律思想的价值。

三

法律制度、政治制度、社会状况等决定着,至少是制约着法律思想的内容,了解法律制度,考查政治、社会常常是理解一定时期的法律思想的钥匙。在我们的研究工作中,始终坚持了“思想与制度”相联系的原则。但是,思想和制度、社会形态并不是同步发展的。制度是刚性的,思想是柔性的。封建制度在春秋战国之际取得了对奴隶制度的胜利,对这种变化,不同的人、不同学派的反映是不同的,从而出现在这个时代的思想也是不同的。我们不能期望一个社会只能产生一种思想。这不同思想的并存恰好反映了思想的柔。它可能比现存制度落后,也可能超越现存制度,当然更多的是同现存制度相应,但不管怎样,它不必一定断然更换,全部革新。作为新制度的代表者,没有必要也不可能对整个社会的思想进行彻底的清算,使全社会都接受与这个社会相应的思想。我们要认识的是主流思想,是主流思想受非主流思想的影响而产生的变化,是主流思想与社会存在逐步适应,从而不断完善的历程。

制度的刚性更充分地体现在政权的兴亡过程中。一个新的政权可以用一道命令废除以往的制度,一个君王可以凭一时之想实行新的制度。这种立、废都可以凭国家力量迅速完成。然而,一个时代的思想,不是君王个人的思想,具有极大的柔韧性,任何强大的政权都无法使它在短期内发生根本的变化。一个时代思想变化的动力在时代自身的发展变化,而不在于政权的更替。正是根据这种情况,我们的研究一般不考虑政权的更替,我们对研究结果的论述也不以王朝为划分的依据。思想史不是朝代史,不必以朝代划分思想史的阶段。

四

在我国古代历史中基本没有形成法学家集团，甚至没有堪称法学家的人物。那些言论、著作被我们一再讨论的人物，他们往往既讨论法律、政治，也讨论经济、文化、教育，有的甚至还是诗人、自然科学的研究者等。被我们称为法律思想家的许多人物往往首先是政治思想家，且被称为政治思想家似乎比被称为法律思想家更觉合适。商鞅是法治的鼓吹者和实践者。他的法律思想十分丰富，但他的法治只是同人治、礼治相对称的一种治道。法治首先是政治思想，在我们撇开“治”之后它才是法律思想。而法家把法说成是一种工具，这就更赋予法一个“政治文件”的使命。法是政治的手段，关于法的思想也便难以超越政治思想组成部分的地位。

法没有从政治那里取得独立的地位，但司法却是一项有特殊性的工作，然而，中国的历史也没有使司法人员从一般官僚队伍中独立出来。司法是行政权的一项内容，行政人员充当或管辖司法人员，司法实际上就是一项行政活动。这样的司法无法造成专职的法律工作者队伍，因而也无法从中造就出法的理论家。法作为治的手段，其实施是治者的权力，执法只被看作是为政的活动。这种执法没有律师活动的余地。因此，中国虽然有几千年的诉讼史，但却没有产生律师。总之，中国空有几千年法的历史，而且是十分发达的法的历史，但这个历史却没有使法这个对象从政治中独立出来，没有使司法变成一项特殊的业务。这个历史既没有创造专门为法工作的工作者队伍，也没有培养出专门研究法的理论家队伍。没有这个队伍便很难有这门独立的学科，或者反过来说，没有这门独立的学科，便很难有这个特殊的队伍。两种说法的结果一样，在我们的

历史上既没有这样的队伍,也没有这样的学科。汉代的律学,唐代科举中开设法科等都没有从根本上改变这种状况。

没有专业的队伍,没有专门的著作,这便给我们的研究带来了极大的困难。许多思想往往不是表述在某种著作里,而是表现在具体的活动中。尤其是对秦以后的历史,我们不能仅指望从著作中发现思想,必须从统治者的实践中析取思想。我们的正统法律思想并不只是著作表述的思想,而是也包括治者行为中反映的思想;我们的这部历史也不只是著作中的思想的历史,而是也包括了主要反映在治者行为中的思想的历史。任何想真正了解中国古代的正统法律思想的人,都不能指望从古代的某几本名著中便可找到答案。

历史本来的特点决定了我们的研究也带有与之相应的特点。

五

历史是过去,但历史不只是过去。我们研究历史不只是为了再现过去,更重要的是说明现在甚至未来。从这个目的出发,我们在研究的过程中,不仅力求探出古代思想的原貌以及其同当时社会的关系,而且注意研究这些思想的价值。所谓价值至少包括这样三个方面:一是其对当时社会的作用,在当时社会生活中的价值,二是这种思想对后人的影响,包括对后人思想的影响以及在后人的生活中所发挥的作用;三是这些思想在今天的价值,包括它直接提供给我们的方法,给我们的启迪,向我们展示的教训等。每一代人所写的前代的历史,都自觉不自觉地反映着研究史的人们的政治立场,价值观念,是非标准。对历史的这种“注入”或“评判”不管是否可取,人们都这样干着。这种“注入”或“评判”也许会造成对历史的扭曲,但研究者们只要不是篡改、虚构历史,这种评判就是有意

义的；只要不是别有用心地裁剪历史，这种评判就常常是具有积极作用的。历史的真正价值往往不表现在它的复原状态上，而是表现在人们对它的评价、引申之中。我们研究历史的本来面目，我们更关心历史在今天的价值。因此，在我们的研究过程中，也对许多理论、观点细心地做出我们自己的也许并不十分合适的评价，把历史的某些端点延伸到今天的崭新的生活中来，尽管这种延伸可能已改变了历史上的那个端点的本来的方向。

我们的今天不是从零开始的，而是从历史的昨天延续下来的。我们的今天包含着昨天。了解昨天能更准确地认识今天，但如果不把昨天同今天联系起来，则昨天只是昨天，今天只是今天。为了今天我们研究昨天，并设法建立昨天同今天的联系。为了今天的生活，我们到昨天的历史中去寻求解决今天的问题的方法，和避免重蹈过去覆辙的教训。优秀的人不重犯前人的过失，优秀的民族不重犯历史上已犯过的错误，学费只交一次。不了解昨天的民族很难不重犯过去犯过的错误。

每一代人写的历史都同时是这一代人的历史。我不想逃遁这一规律，因为我希望为了今天在我写的历史上留下今天的印痕。