

21

21世纪法学系列教材

中国法律思想史

(第二版)

李贵连、李启成 著

基础课系列



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

21

21世纪法学系列教材

基础课系列

中国法律思想史

(第二版)

李贵连 李启成 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国法律思想史/李贵连,李启成著. —2版. —北京:北京大学出版社,2010.9
(21世纪法学系列教材)

ISBN 978-7-301-17658-0

I. ①中… II. ①李… ②李… III. ①法律-思想史-中国-高等学校-教材 IV. ①D909.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第161242号

书 名: 中国法律思想史

著作责任者: 李贵连 李启成 著

责任编辑: 李 铎 谢海燕

标准书号: ISBN 978-7-301-17658-0/D·2665

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 17.5印张 333千字

2003年7月第1版

2010年9月第2版 2010年9月第1次印刷

定 价: 29.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

作者简介

李贵连 男,1946年出生于广东五华,北京大学法学院教授,北京大学近代法研究所所长,华中科技大学近代法研究所名誉所长,曾长期担任《中外法学》副主编。主要从事中国法律思想史、中国近代法的教学研究工作。著有《沈家本年谱长编》、《沈家本传》、《近代中国法制与法学》等,编著《法学百年——北京大学法学院院史》等,主编《近代法研究》、《二十世纪中国法学》、《近代司法判决丛编》、《民国北京政府制宪史料》等。



李启成 男,1974年8月出生于重庆奉节,法学博士,北京大学法学院副教授,北京大学近代法研究所研究员。主要从事中国法律思想史的教学和科研工作,著有《晚清各级审判厅研究》等,在《中国社会科学》、《中外法学》、《政法论坛》、台湾《法制史研究》等刊物发表学术论文多篇。



目 录

第一编 中国传统法律思想

| | |
|-------------------------------|------|
| 第一章 中国传统法律思想导论 | (1) |
| 一、本课程的研究对象及其特点 | (1) |
| 二、学习中国法律思想史的态度 | (5) |
| 三、学习中国法律思想史的方法 | (8) |
| 参考阅读材料 《国学丛刊序》 | (10) |
| 第二章 中国上古时期的神权法思想 | (13) |
| 第一节 夏、商、西周的神权法思想 | (14) |
| 一、夏代的“天命”、“天罚”思想 | (15) |
| 二、神权法思想在商代的发展 | (15) |
| 第二节 神权法思想的衰落——西周 | (17) |
| 一、“以德配天”说 | (17) |
| 二、“明德慎罚”说 | (18) |
| 三、大宗法制下的礼治思想 | (19) |
| 参考阅读材料 《史记·鲁周公世家》节选 | (23) |
| 第三章 儒家的法律思想 | (25) |
| 第一节 儒家学说概述 | (25) |
| 一、儒家学说在先秦之形成 | (25) |
| 二、先秦儒家学说之思想脉络简介 | (28) |
| 第二节 “为国以礼”的礼治思想 | (30) |
| 一、礼治思想的渊源 | (30) |
| 二、儒家对西周礼治思想的继承和发展 | (31) |
| 三、儒家礼治思想的等级社会观 | (33) |
| 四、礼的作用和礼与法的关系 | (34) |
| 第三节 “德主刑辅”的德治学说 | (37) |
| 一、“省刑罚,薄税敛”,“富而后教” | (37) |
| 二、“以德去刑” | (40) |

| | |
|--------------------------------|------|
| 三、“宽猛相济”、“德主刑辅” | (42) |
| 第四节 儒家的“人治”学说 | (44) |
| 第五节 先秦儒家法律思想的命运和历史地位 | (46) |
| 参考阅读材料 《荀子》节选 | (48) |
| 第四章 墨家的法律思想 | (49) |
| 第一节 儒、墨两家的对立与互融 | (50) |
| 一、“敬鬼神而远之”与“事鬼神” | (51) |
| 二、“爱有差等”与“兼相爱” | (52) |
| 三、“小人喻于利”与“交相利” | (52) |
| 第二节 墨家以“兼爱”为核心的法律思想 | (53) |
| 一、“天下之人皆相爱”的理想社会 | (53) |
| 二、“法天”的法律观 | (54) |
| 三、“尚贤” | (56) |
| 四、墨家的一些重要刑罚命题 | (58) |
| 参考阅读材料 《墨子·法仪第四》 | (59) |
| 第五章 道家的法律思想 | (61) |
| 第一节 老子的法律思想 | (62) |
| 一、“法自然”之“道” | (63) |
| 二、对仁义礼法的批评 | (63) |
| 第二节 庄子的法律虚无主义 | (66) |
| 一、庄子思想概述 | (67) |
| 二、主张绝对无为,否定仁义礼法 | (68) |
| 参考阅读材料 《庄子·在宥》篇节录 | (70) |
| 第六章 法家的法律思想 | (72) |
| 第一节 法家法治思想产生的社会背景 | (72) |
| 第二节 法家的法律观 | (73) |
| 一、关于法律的本质 | (73) |
| 二、关于法律的起源 | (75) |
| 三、关于法律的作用 | (75) |
| 第三节 法家推行“法治”的理论 | (76) |
| 一、“法治”与“礼治”、“德治”和“人治”的对立 | (76) |
| 二、法家推行“法治”的理论前提 | (78) |
| 三、法家推行法治的方法 | (80) |
| 第四节 法家主要代表人物简介 | (84) |
| 一、被法家奉为先驱的管仲 | (84) |

| | |
|---------------------------------|--------------|
| 二、法家的开创者李悝 | (85) |
| 三、法家思想的奠基人商鞅 | (85) |
| 四、以重“势”著称的慎到 | (86) |
| 五、重“术”的申不害 | (87) |
| 六、集法家思想大成的韩非 | (88) |
| 参考阅读材料 《韩非子·定法》 | (90) |
| 第七章 秦以后的正统法律思想 | (92) |
| 第一节 秦汉之际正统法律思想的形成 | (92) |
| 一、法家思想在秦汉之际命运由盛而衰的大转折 | (92) |
| 二、黄老思想在汉初的得势与衰落 | (93) |
| 三、儒学在汉初的发展 | (94) |
| 四、董仲舒与儒学独尊 | (97) |
| 第二节 法律儒家化的展开 | (101) |
| 一、经义决狱 | (101) |
| 二、引经注律的“律学” | (105) |
| 三、《唐律疏议》中所体现的正统法律思想 | (105) |
| 四、理学与宋明法律思想 | (106) |
| 参考阅读材料 《春秋繁露·实性》 | (108) |
| 第八章 明清之际启蒙思想家的法律思想 | (110) |
| 第一节 黄宗羲的法律思想 | (110) |
| 一、抨击君主专制和限制君权 | (111) |
| 二、以“天下之法”取代“一家之法” | (115) |
| 第二节 王夫之的法律思想 | (117) |
| 一、以“夷夏大防”为中心的民族主义 | (118) |
| 二、立法以成就“一代之制” | (121) |
| 三、“任法”不如“任人” | (125) |
| 四、成就“一代之制”的司法举措 | (128) |
| 参考阅读材料 《明夷待访录》节选 | (131) |

第二编 中国近现代法律思想

| | |
|----------------------------------|--------------|
| 第九章 中国近现代法律思想导论 | (135) |
| 第一节 中国社会从传统到近代的转型 | (135) |
| 一、近代前夕的中西社会情形 | (135) |
| 二、近代中国学习西方的逐渐深化——器物、制度和文化的 | (137) |

| | |
|-----------------------------------|-------|
| 第二节 中国近代法律思想发展之脉络 | (139) |
| 一、近代早期西方法的输入 | (139) |
| 二、近代转型的中心任务——宪政和法治 | (144) |
| 三、中国近代法律思想演变综述 | (146) |
| 参考阅读材料 《警察国与法治国之矛盾及归宿》 | (148) |
| 第十章 洋务派的法律思想 | (151) |
| 第一节 洋务派及其“中体西用”思想 | (151) |
| 第二节 张之洞的法律思想 | (152) |
| 一、变而不失其道的变法观 | (154) |
| 二、整顿中法与采用西法 | (156) |
| 三、博采东西诸国律法,力求合于国家政教大纲 | (158) |
| 四、任法不如任人 | (161) |
| 参考阅读材料 《劝学篇·变法第七》 | (164) |
| 第十一章 改良主义的法律思想 | (167) |
| 第一节 19 世纪的社会改良运动和“戊戌变法” | (167) |
| 第二节 康有为的法律思想 | (169) |
| 一、维新时期的“变法”思想 | (170) |
| 二、康有为晚年的法律思考——《拟中华民国宪法草案》 | (176) |
| 第三节 梁启超的法律思想 | (182) |
| 一、“随时创法”之变法观 | (184) |
| 二、君宪与共和——梁启超的宪政观 | (186) |
| 三、“民权”与“法治” | (190) |
| 四、“立法”与“司法” | (194) |
| 五、地方自治 | (198) |
| 第四节 严复的法律思想 | (199) |
| 一、严复的变法思想 | (200) |
| 二、严复的自由与民权观 | (203) |
| 三、严复的法治观 | (206) |
| 参考阅读材料 《请定立宪开国会折》 | (209) |
| 第十二章 晚清法律改革和沈家本的法律思想 | (211) |
| 第一节 晚清法律改革 | (211) |
| 一、对《大清律例》的改造 | (212) |
| 二、外国法典和法学著作之翻译 | (213) |
| 三、制定新法律 | (213) |
| 第二节 法律改革中的礼法之争 | (216) |

| | |
|----------------------------------|--------------|
| 一、礼法之争概述 | (216) |
| 二、“因伦制礼,准礼制刑”和效法西方“齐一法制”之争 | (219) |
| 三、有关伦常诸条款之争 | (220) |
| 四、国家主义与家族主义之争 | (222) |
| 第三节 沈家本的法律思想 | (226) |
| 一、治国强国的法律救国论 | (227) |
| 二、儒家仁政与人道主义思想 | (229) |
| 三、酌古准今,融会中西 | (232) |
| 四、中西法律的融会点——法理 | (234) |
| 参考阅读材料 《法学名著序》 | (238) |
| 第十三章 革命派的法律思想 | (240) |
| 第一节 孙中山的法律思想 | (240) |
| 一、对传统法律和司法的批判 | (241) |
| 二、“三民主义”的立法指导思想 | (242) |
| 三、民主主义的“法治”理论 | (245) |
| 四、“权能分治”和“五权宪法” | (247) |
| 第二节 章太炎的法律思想 | (253) |
| 一、革命时代的法治理想 | (253) |
| 二、民国的法治方案 | (257) |
| 小 结 | (263) |
| 参考阅读材料 《国民政府建国大纲》 | (265) |

第一编 中国传统法律思想

第一章 中国传统法律思想导论

一、本课程的研究对象及其特点

中国法律思想史主要以中国历史上曾经出现的法思想、法意识为研究对象,既包括传统中国的法律思想,也包括近现代中国的法律思想。但由于自近代以来整个法律体系以西方法为导向的全面转型,导致我们今天在理解传统中国的法观念方面存在很大的困难,所以,我们首先必须探究一下在传统社会,什么是“法”?什么是“法律思想”?什么是“中国”?

为什么开始要谈这个问题,因为这直接涉及本学科的学习范围和思路等问题。现在学界、包括学生都在批评这门学科存在的一些问题,比如说,就学习和研究对象而言,它与任何一门中国思想史专史,尤其是中国政治思想史的区别何在?人还是那些人,背景还是那些背景,思想还是那些思想,给我们的印象好像是思想史中出现的人物都是大同小异,都是百科全书式的学者。又比如撰写体例极其单一,从整体结构上讲,“我们的思想史家按照时间的顺序安排着他们的章节,大的思想家一章,小的思想家一节,仍不够等级的话可以几个人合伙占上一节,再不济的话也可以占上一段……思想的历史也就自然成了思想家的博物馆,陈列着他们照片。一半仿佛编花名册,把已经逝去的天才的生平与著作一一登录在案,一半仿佛挂光荣榜,论功行赏或评功摆好。”^①从每个思想家的写法来看,先是叙述宏观社会背景,接着是思想家的生平,最后是归纳出的具体法律思想几条几款,最后是评述,而且在评述中还少不了其阶级局限性。这些问题确实存在,但也有夸大和误解的地方。因为中国法律思想史是“思想”的历史,而“思想”是人所独具的,尤其是那些具有原创性的大思想家,故思想史的讲述以思想家为线索来展开自有其必然性;再则,传统中国之学术是以经史子集来划分,思想家和学者之追求在求“通”,在寻道,故用今天的眼光来看,他们事实上就是百科全书式的;最后,看到并提出问题容易,但分析产生问题的原因并进而提出

^① 葛兆光:《中国思想史——导论·思想史的写法》,复旦大学出版社2001年版,第9页。

富有建设性的解决方案则难得多。首先让我们来简单回顾一下本学科的学术史。

在传统中国学术中,史学和文学具有悠久的传统,达到了相当高的水准。史学中的正史“二十四史”尤为其中翘楚。^①《史记》虽然有零星的关于中国古代法律的记录,但以专门形式对法律史料作系统的记录与整理则始于班固所著《汉书》中的“刑法志”。从此以后,“刑法志”成为中国正史的组成部分,形成了撰写断代“刑法志”的传统。^②这些刑法志中虽也体现了一些传统法律思想,但更多的属于法制史之论述。另外,在正史“列传”、“本纪”中,有一些关于思想家、律学家的介绍,则属于零星可见的法律思想史材料。编年体史书中也保存了一些法律思想史资料,比如说司马光编纂的《资治通鉴》和毕沅编纂的《续资治通鉴》等。此是从事事实上而言。在思想领域,传统中国就主流而言,秉持为国以礼的观念,视法律和刑罚为一种不得已的下策,如纪晓岚所说“刑名之学,起于周季,其术为盛世所不取”^③,最多只能是治国之下策。因此,传统中国并不存在独立的法律思想史学科。

沟通法学和史学的法律史学科之产生,必定是在新法学和新史学出现之后。中国新史学和新法学的出现是受西风东渐的影响形成于20世纪之初。所以学科意义上的中国法律史之产生也是20世纪之后的事情。杨鸿烈于1936年撰写成的《中国法律思想史》是本学科产生的重要标志,商务印书馆于1998年重新翻印出版。杨氏的《中国法律思想史》,将中国历代的法律思想分为四个时期,即殷周萌芽时代、儒墨道法诸家对立时代、儒家独霸时代和欧美法系侵入时代,由此杨氏根据思想派别之差异,结合思想家思想之具体内容,将中国几千年来占支配地位的法律思想变迁之轮廓勾勒了出来,对中国法律思想史学科之形成具有奠基意义。就是在现今看来,杨氏的《中国法律思想史》仍然能给我们诸多启

① 近代新史学的奠基者梁启超曾认为传统正史是帝王将相之家谱,此一断言因为梁氏的巨大影响而广为流传,其实梁氏在这里是为了建设新史学需要拓宽史料范围而出的矫枉过正之言,当不得真。柳诒徵所说可能更符合实际情况,“世恒病吾国史书为皇帝家谱,不能表示民族社会变迁进步之状况,实则民族社会之史料,触处皆是,徒以浩穰无纪,读者不能博观而约取。”(柳诒徵:《中国文化史》,“绪论”,上海古籍出版社2001年版,第7页。)

② 本来二十五史中只有《汉书》、《晋书》、《魏书》、《隋书》、新旧《唐书》、《旧五代史》、《宋史》、《辽史》、《金史》、《元史》、《明史》和《清史稿》等13种有“刑法志”,到30年代,丘汉平鉴于《后汉书》、《宋书》、《南齐书》、《梁书》、《陈书》、《北齐书》和《周书》等8种正史原无刑法志,遂从各设有编修刑法志的断代史《纪》、《传》中收集有关材料,汇成《后汉刑法志》、《魏刑法志》和南北朝各朝刑法志,另收入清代汪士铎撰《南北朝刑法志》和明代宋濂撰《元刑法志》,作为附录,以《历代刑法志》(上下册)为书名于1938年由长沙商务印书馆出版,1962年群众出版社加以翻印。

③ 四库全书研究所整理:《钦定四库全书总目(整理本)》,中华书局1997年版,第1313页。

发。现今我们谈论中国法律思想史这个学科,依然绕不开这本书。^①

到40年代,中国法律思想史这一学科有了较大发展,学界中人开始对中国法律思想,尤其是西风东渐以来的近代法律思想进行审视和反思。其中最具有代表性,在某种意义上也最为深刻的是蔡枢衡先生于1947年自刊的《中国法理自觉的发展》一书。^② 他所反思的近三十年来中国法学,当然也包括中国法律思想史在内的“幼稚”性质及其背后的原因分析,话语虽尖刻,但他指出的问题无疑是深中时弊的。这一时期还出现了一本研究中国传统法律的扛鼎之作,那就是瞿同祖先生的《中国法律与中国社会》^③,该书正文分为六章,前四章主要谈及家族、婚姻和阶级,侧重于分析传统中国法律制度的社会背景;后两章分别谈及巫术、宗教和儒法两家思想及其关系和影响,与法律思想史紧密相关。该书的特色是从社会的角度来看待法律制度和思想,并把握二者间的密切联系,认为法律与

① 其实,杨鸿烈的《中国法律思想史》并非凭空产生,在它之前有相当数量的学者做了不少奠基性的工作。较早可以追溯到梁启超的《先秦政治思想史》。之后还有吴经熊、丘汉平诸人。吴经熊在近代法学史上很著名,与霍姆斯、斯塔姆勒等人平等对话,法学造诣在他那个时代可说是学贯中西,晚年信仰基督,倡导爱与和平,著有《超越东西方》。

② 该书在新中国成立之后的很长一段时间内湮没无闻,直到90年代才有极少的法律史学者发现其价值,于2005年由清华大学出版社重新出版。蔡枢衡先生,这本是一个中国法学界不应被遗忘的名字。先生虽然主攻刑法学,但在法理学方面很有创建。其代表作《中国法理自觉的发展》的主要部分,是蔡先生于抗战时期烽火连天的岁月里在西南联大写就。本书的很多内容,蔡先生先以论说文形式在报上发表,故文章并非学究式的,而是以平实见长。如果当今中国的法律人没有看过这本书,建议大家找来看看,对理解中国法的当下处境很有帮助。另外也可以感觉一下在出版物汗牛充栋的今天,能有几本法学著作能达到并超越该书的学术水准?蔡枢衡(1904—1983),早年曾受私塾教育,后人新式学堂,中学毕业后留学日本,先后就读于日本中央大学法学部、东京帝大法学部,师从著名刑法学家牧野英一,从1935年开始执教于北京大学法律系、西南联大法律系,担任法学教授。新中国成立后,继续在北京大学做法学教授。1952年的法学教育改革,作为旧法人员,从此被迫离开教学岗位,先后被安排到政务院法制委员会、国家法制局、全国人大办公厅法律室、全国人大常委会办公厅法律室任职。蔡先生的一生,可说是中国法学近百年发展的一个缩影。

③ 瞿同祖,1910年7月出生于湖南长沙,童年在上海度过。1923年随叔父进京居住,先后就读于育英、汇文中学,1930年以优异成绩保送燕京大学,主修社会学。1934年毕业于燕京大学社会学系,随即转读该校社会史专业研究生,1936年以论文《中国封建社会》(1937年出版)获文学硕士学位。1939年至1944年在云南大学任教,其间还在西南联合大学兼职。通过吴文藻的介绍,结识了来华访问的魏特夫。后来他在美国哥伦比亚大学成立中国历史研究室。费孝通访美时为瞿氏联系,被聘为研究员。1944年到1955年应邀到美国哥伦比亚大学作访问研究,用英文写成了《汉代社会》一书,其间还用英文重写《中国法律与中国社会》。1955年到1962年应杨联升教授的推荐,费正清邀请其到哈佛大学东亚研究中心任研究员,此间完成了《清代地方政府》的创作。1962年到1965年应聘到加拿大不列颠哥伦比亚大学任教,1965年秋回国,1978年调入中国社会科学院近代史研究所,任研究员。其祖父瞿鸿禔,晚清大学士、军机大臣。曾为清末政治改革出力尤多,因失宠于慈禧太后而罢归故里。因祖孙同庚(鸿禔生于道光三十年,岁次庚戌),故而欣喜异常,特为长孙取名为“同祖”。《中国法律与中国社会》是瞿同祖根据其在云南大学和西南联合大学的中国法制史和社会史讲稿改写的,于1947年由上海商务印书馆初版。后由作者加以修改、补充,译成英文,于1961年在国外出版。1981年作者又应中华书局要求,对原书作了某些修改,再次印刷出版。该书是社会学者研究传统中国法的代表性著作。

社会有着密不可分的依存关系,它维护了当时社会的制度、道德和伦理等价值观念,也反映了该时期的社会结构。中国古代法律的主要特征表现在家族和阶级这两个概念上,反过来它们也是中国古代法律所要维护的社会制度和社会秩序的支柱。本书依据大量个案和判例,分析了中国古代法律在社会上的实施情况及其对人们生活的影响,揭示了中国古代法律的基本精神和主要特征,是相关学科研究的重要参考书。

1949年的政权鼎革作为中国现代史上最重大的事件,对中国法律思想史的前途产生了决定性影响。具体而言则是苏联法的移植和1952年的院系调整。之后,中国法律史被并入到苏式法学课程表里去了,并将之改名为“中国与苏联国家的法权历史”,为法科学生的必修课。当时中国之所以全方位向苏联学习原因很多很复杂,在当时自然是无可厚非,但学习榜样并非是教条主义式的,以榜样之是非为是非而导致自我创造能力的缺乏。由于苏式课表里面没有法律思想史的课程,因此新中国成立前已经初步发展起来的中国法律思想史这门学科被人为取消。

高等教育恢复伊始,高等院校的课程和研究生招生专业中没有中国法律思想史,而是栖身于中国政治思想史中,以后又有了学科划分不明不白的中国政治法律思想史。1979年中国法律史学会在长春召开成立大会,会议的中心议题之一就是探讨法制史和法律思想史的关系问题,有学者提出应将“中国法律思想史”设立为独立学科,并认为惟有如此,才符合学科分类原则和学科担任的研究任务,“只有把法律思想从政治思想的体系中分离出来,才有可能使之获得充分发展的机会并充分发挥其社会功能。”^①1980年中国法律思想史从中国政治法律思想史中独立出来。^②至此,中断了30年的中国法律思想史学科重新开始,一直发展到今天,又已是30年。这30年中,中国法律思想史的研究从数量上来看相当迅猛,但质量就难说了,至少与量的提升不相匹配。至今,我们也难以自信地说现今的研究达到并超过了三四十年代的水准。

其实,在传统中国的学科分类体系中,是以经史子集四部分类的。现今所说的法、法律、法律思想都是散见于此四部中间,没有相应的归类。我们现在的学科体系给了法学、法史学、法律思想史学一个专门的位置,那是西方学科分类体系的产物。这套学科分类体系是在20世纪20年代前后才因为与国际学术接轨的需要才被中国人接受,到今天已经被我们视为当然。

中国古代,“法”字,写作“灋”,强调其“平”的一面。国家颁布的成文法有

^① 饶鑫贤:《20世纪之中国法律思想史学研究及发展蠡测》,载《法律史论集》,第1卷,法律出版社1998年版。

^② 俞荣根:《寻求“自我”——中国法律思想史的传承和趋向》,载《现代法学》2005年第2期。

律、例等多种形式。“律”是定音的律管,其主要作用是将不整齐的东西整齐之。传统中国有律学而无法学,有律学专家而无法学专家。律学虽然是一种解释学,但“律”的含义有点类似于马克思主义的法定义,强调其威慑、强制性等特点,尤指“刑律”。但在传统中国,法也好、律也罢,都是“威慑教化之具”,司法的目的在于定分止争。^①故传统中国的“法”是一种追求“无讼”理想秩序^②的手段,这也是人类所应该追求的理想。所以它不仅仅是一门实用技巧、也不只是权力的产物,而是有其高远的追求。只有从如此的视角去理解传统中国的法、法律和法律思想,理解其与礼的关系,才有可能在学科分类体系已经转换的情况下获得一个大致妥当的认识。正是在这个视角下,传统中国的法律思想、政治思想、社会思想、甚至经学哲学思想才发生了紧密的联系,从而凸显了思想史的整体性。

何为“传统中国”?这个问题也就是追问中国传统法律思想史的时间独特性所在。按照柳诒徵先生的说法,人类的活动,有共同的一面,也有不同的一面,我们学习和研究,对这两个方面都要重视。要探讨这共同的一面,“当合世界各国、各种族之历史,以观其通”;要发现这不同的一面,则“当专求一国家、一民族或多数民族组成一国之历史,以观其异”。^③中国法律思想史这门学科主要就是要回答传统中国人的法律思想相对于其他国家、民族法律思想的特殊性何在在这个问题。

二、学习中国法律思想史的态度

(一) 实事求是看待中国法律思想的历史

1925年五卅运动中,6月9日会审公廨开庭审讯被捕者瞿景白^④等人。下面是美国领事和瞿景白的对话,于此可见当时一般舆论对传统的蔑视态度:

美国领事:你读过四书五经吗?

^① 参见李启成:《功能视角下的“法”和“司法”观念解析——以祭田案件为例》,载《政法论坛》2008年第4期。

^② 《礼记·礼运》篇关于“大同”、“小康”的描述就是儒家关于社会理想的集中表达,有兴趣的读者可以参考。略曰:孔子曰:“大道之行也,与三代之英,丘未之逮也,而有志焉。大道之行也,天下为公,选贤与能,讲信修睦。故人不独亲其亲,不独子其子,使老有所终,壮有所用,幼有所长,矜寡孤独废疾者皆有所养,男有分,女有归。货恶其弃于地也,不必藏于己;力恶其不出于身也,不必为己。是故谋闭而不兴,盗窃乱贼而不作,故外户而不闭。是谓大同。”“今大道既隐,天下为家,各亲其亲,各子其子,货力为己,大人世及以为礼,城郭沟池以为固,礼义以为纪,以正君臣,以笃父子,以睦兄弟,以和夫妇,以设制度,以立田里,以贤勇知,以功为已。故谋用是作,而兵由此起。禹、汤、文、武、成王、周公由此其选也。此六君子者,未有不谨于礼者也。以著其义,以考其信,著有过,刑仁讲让,示民有常,如有不由此者,在势者去,众以为殃。是谓小康。”

^③ 柳诒徵:《中国文化史》,“绪论”,上海古籍出版社2001年版,第1页。

^④ 瞿景白(1906—1929),江苏省常州市人,瞿秋白的胞弟。1921年夏考入浙江省立第一师范学校,1925年秋随兄长进入上海大学读书。

瞿景白:读过。

美国领事:孔子曰,三十而立,四十而不惑。你懂得书中的意义吗?

瞿景白:这是两千年以前的陈腐学说,现在已不适用了。

美国领事:本领事倒很佩服孔子的学说,我想正会审官也是一样的,是不是?^①

这种极度蔑视传统的风气自五四以降不见稍刹,至今犹然。我在这里姑引钱穆先生在《国史大纲》开篇的告诫和诸君共勉:

1. 当信任何一国之国民,尤其是自称知识在水平线以上之国民,对其本国已往历史,应该略有所知(否则最多只算一个有知识的人,不能算是一有知识的国民)。

2. 所谓对其本国以往历史略有所知者,尤必附随一种对其本国以往历史之温情与敬意(否则,只算知道了一些外国史,不得云对本国史有知识)。

3. 所谓对其本国以往历史有一种温情与敬意者,至少不会对其本国以往历史抱一种偏激的虚无主义,(即视本国以往历史为无一点价值,亦无一处足以使其满意。)亦至少不会感到现在我们是站在以往历史最高之顶点,(此乃一种浅薄狂妄的进化观)而将我们当身种种罪恶与弱点,一切诿卸于古人(此乃一种似是而非之文化自谴)。

4. 当信每一国家必待其国民备具以上诸条件者比数渐多,其国家乃再有向前发展之希望(否则其所改进,等于一个被征服国或次殖民地之改进,对其国家自身不发生关系。换言之,此种改进,无异是一种变相的文化征服,乃其文化自身之萎缩与消减,并非其文化自身之转变与发皇)。

(二) 切忌急功近利

傅斯年于1918年在《新青年》发表了一篇文章《中国学术思想界之基本谬误》,认为中国传统学术存在的主要问题之一就是“为学好谈致用,以施用于政治为目的”^②。学术之目的在追求真理、广博见闻、启迪智慧、陶冶德性。从这个意义上讲,读书学习是致用的。但如果每学习思考一个问题,先要问它有什么用,结果就不是经世致用,而是急功近利。也许,大用就存在于看似无用之中。《庄子》一书中记载了庄子和惠施的一段辩论,可对我们思考有用无用有些启发。惠子对庄子说:“你的言论根本无用。”庄子回答说:“知道无用的人才能和他谈有用。天地之广大,人所用的只有容足之地而已。然而如果把容足之地以

^① 转引自陶菊隐:《武夫当国——北洋军阀统治时期史话(1895—1928)》,第5册,海南出版社2006年版,第54页。

^② 《新青年》,第4卷第4号。

外的地方都深挖至黄泉,人所站的这容足之地还有用吗?”惠子回答说:“没有用了。”庄子说:“那么无用之用不是非常明显了吗?”^①

学习上的急功近利为害不小,约略举之,有以下几点:(1)流于浮泛和肤浅。往往导致以不能用者强用之,真能用者又无恰当之方法用之,简单地将之归于无用而不去琢磨和研究。(2)忽略基础理论的研究,不利于“可持续发展”,是所谓“杀鸡取卵”。(3)将学术工具化,沦为意气、派别甚至是政争的工具,成为学术不能独立的重要根由。如“文革”时期发展了所谓的“集体创作”,形式之荒唐,令人好笑。如“干部出主题和思想,搞创作的出故事,会耍笔杆子的出技巧。”

对于学法之人,如果忽略基础理论,一头钻进机械的法条里面,死抠法律文字,用我们的传统术语讲那叫“刀笔之吏”、“法匠”、“讼棍”,都带有明显的贬义。那些“刀笔之吏”,为迎合上意,没有或者是不愿坚持自己的独立价值判断和人格,有意选择性地运用法条,上欲其生则生,欲其死则死。所以那些在专制体制下能坚持法律和自身人格尊严的少数人,在历史上能获得很高的评价,如汉代张释之和唐代徐有功。关于“法匠”,在易卜生的《娜拉》里面有一则娜拉和律师的对话形象地说明了这个问题:

律师:郝夫人,你好像不知道你犯了什么罪,我老实对你说,我犯的那桩使我一生声名扫地的事,和你所做的事恰恰相同,一毫也不多,一毫也不少。^②

娜拉:你!难道你居然也敢冒险去救你妻子的命吗?

律师:法律不管人的居心如何。

娜拉:如此说来,这种法律是笨极了。

律师:不问它笨不笨,你总要受它的制裁。

娜拉:我不相信。难道法律不许做女儿的想个法子免得她临终的父亲烦恼吗?难道法律不许做妻子的救她丈夫的命吗?我不大懂得法律,但是我想总该有这种法律来承认这些事的。你是一个律师,你难道不知道有这样的法律吗?柯先生,你真是一个不中用的律师了。^③

法律有好处也有坏处。好处在于法律是无有偏私的,犯了什么法,就该得什

^① 原文为:惠子谓庄子曰:“子言无用。”庄子曰:“知无用始可与言用矣。夫地非不广且大也,人之所用容足耳。然则厕足而垫之至黄泉,人尚有用乎?”惠子曰:“无用。”庄子曰:“然则无用之为用,亦明矣。”(《庄子·外物》)

^② 注:在这里,娜拉为救丈夫,和律师一样,做了法律所禁止的冒名签字的事情。

^③ 胡适:《易卜生主义》,载欧阳哲生编:《胡适文集》,第2册,北京大学出版社1998年版,第478—479页。

么罪。坏处也在于此,法律是死板的条文,不通人情世故,不知道一样的罪名,却有几等、几样的居心,有几等、几样的境遇情形;同犯一罪的人却有几等、几样的知识程度。法律只说某人犯了某法的某某篇、某某章、某某节,该得某某罪,全不管犯罪的人的知识不同、境遇不同、居心不同,即便有自由裁量权在内,也不足以应对此问题。法学者和法学家等则要综合考虑这些因素。

关于“讼棍”就不多说了。日本学者夫马进写过一篇《明清时代的讼师与讼师制度》的学术论文,虽然这篇文章的主题在于研究明清时期讼师对于国家司法制度运作的重要影响,但作者在开篇即指出下述事实:讼师时常被称为讼棍,尽管有时也被称为讼师,他们教唆人们进行毫无必要的诉讼,颠倒是非,混淆黑白,利用繁杂的诉讼文书和花言巧语诱惑人们兴讼,然后与官府的差役和胥吏勾结,是从善良的人们那里骗取金钱等作恶多端的地痞流氓。所以在英语里讼师被译为 *pettifogger*(骗人的律师)。^①

学法之人,要避免成为“刀笔吏”、成为“法匠”、成为“讼棍”,就不要急功近利,先在“道”上下些功夫。中国法律思想史一课,作为法科院系开设的为数不多的跟人文学科紧密相关的课程,认真学习,应该是有助于体悟这个“道”的。

三、学习中国法律思想史的方法

法史学既是法学,又是史学。有现代法学知识而无史学修养或有现代史学知识而对法学一无所知的人是无法进行法律史学习与研究的。具体到中国法律思想史,不仅需要法理学和思想史学两方面的知识储备,而且需要对中国政治、经济、乃至整个社会的了解为基础。所以学好中国法律思想史具有相当的难度。根据笔者的经验,有下述几个方法供同学们参考:

第一,广泛参考哲学、史学、社会学、政治学、经济学和人类学等方面的书籍和论文,尤其是那些能够提供中国哲学、中国通史、中国政治制度思想沿革等方面知识的。一个时期的法律和法律现象,都不仅仅只是关涉法律,而是与当时整个社会的政治、经济和思想状况密不可分。进行广泛的阅读,既有助于准确理解中国历史上的法律和法律现象,同时也是潜移默化地培养法律人的人文精神。古人即有这方面的经验,“余每作咏古咏物诗,必将此题之书籍,无所不搜。及诗之成也,仍不用一典。常言人有典而不用,犹之有权势而不逞也。”^②

第二,中国法律思想史作为中国历史的一部分,必须运用史学的学习与研究方法。史学治学方法繁多,择其与法律思想史最紧密者,简要说明如下。(1)多接触第一手资料,根据原文全文理解其内容,切忌断章取义。新中国成

^① 王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第389—430页。

^② 袁枚:《随园诗话》,卷一。