

中山大学学术研究丛书

中国 法律思想 史纲



马作武◎著

中山大学出版社

中山大学学术研究丛书

中国
法律思想
史纲

马作武◎著



中山大学出版社
· 广州 ·

版权所有 翻印必究

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法律思想史纲/马作武著. —广州:中山大学出版社, 1998. 4
ISBN7-306-01408-0

I. 中… II. 马… III. ① 法律—思想史—中国 ② 法学史—中国 IV. D909.2

中山大学出版社出版发行
(广州市新港西路 135 号)

中山大学印刷厂印刷 广东省新华书店经销
850 毫米×1168 毫米 32 开本 11.75 印张 297 千字
1998 年 4 月第 1 版 1998 年 4 月第 1 次印刷
印数:1-1500 册 定价:20.00 元

目 录

上编 中国古代法律思想

概 述	(3)
第一章 先秦三代的法律思想	(5)
第一节 先秦三代的神权法思想	(6)
一、神权法思想的萌生	(6)
二、神权法思想的兴盛	(6)
三、神权法思想的式微与明德慎罚思想的兴起	(7)
第二节 西周的礼治思想	(10)
一、礼的起源	(10)
二、礼的演进与礼治思想的发生	(10)
三、礼治的真正含义	(12)
第二章 春秋战国时期的法律思想	(15)
第一节 春秋时期革新家的法律思想	(16)
一、管仲	(17)
二、子产	(19)
三、邓析	(23)
第二节 儒家的法律思想	(26)
一、孔子	(27)
二、孟子	(33)
三、荀子	(38)

第三节 墨家的法律思想	(47)
一、墨家及其法律思想的特点	(47)
二、墨翟	(49)
第四节 道家的法律思想	(56)
一、《老子》	(57)
二、庄子	(63)
第五节 法家的法律思想	(70)
一、法家的所谓“法”与“法治”	(71)
二、商鞅	(76)
三、韩非	(83)
第三章 秦汉时期的法律思想	(93)
第一节 秦朝皇权专制思想	(94)
一、皇帝至上的极端专制政治论	(94)
二、思想文化的专制统治	(96)
三、严刑峻罚的刑法观	(98)
第二节 汉初黄老之学的法律思想	(99)
一、文武并举、“德刑相济”	(100)
二、“设刑者不厌轻”	(101)
三、“稀力役而省贡献”	(103)
第三节 贾 谊	(104)
一、民为“万世之本”	(104)
二、礼法结合、以礼为先	(106)
三、礼重等级、刑有差别	(108)
第四节 汉武帝(刘彻)	(110)
第五节 董仲舒	(114)
一、君权神授与君主专制	(114)
二、阴阳合分论与“三纲五常”	(116)
三、阴阳之道与德主刑辅	(118)

四、《春秋》决狱与“论心定罪”	(119)
第六节 正统法律思想与法律的儒家化	(122)
一、对先秦儒家法律思想的总结	(122)
二、儒学的发展与正统法律思想的形成	(129)
三、古代正统法律思想的特征	(131)
四、中国古代法律的儒家化	(134)
第四章 唐宋时期的法律思想	(140)
第一节 贞观统治集团的法律思想	(140)
一、“安人宁国”、“先存百姓”	(141)
二、立法务在“简约”、“宽厚”	(143)
三、执法力求慎狱恤刑	(144)
四、理狱断案必须严明求实	(145)
第二节 《唐律疏议》中的法律思想	(146)
一、德礼为本、刑罚为用	(147)
二、维护“三纲”	(149)
三、维护社会等级	(153)
第三节 韩 愈	(155)
一、道统论与君主专制主义	(155)
二、“性三品”说与社会等级观	(157)
三、德刑并重的刑法观	(158)
第四节 柳宗元	(159)
一、国家、法律起源论	(159)
二、天与刑论	(160)
三、复仇论	(162)
第五节 白居易	(162)
一、刑、礼、道“逃相为用”	(163)
二、关于犯罪与刑法	(164)
三、“悉法学为上科”	(166)

四、断狱“不背人情、合于法意”	(167)
第六节 包拯	(168)
一、“于国有利、于民无害”的经济立法原则	(169)
二、“法存画一”、不可朝令夕改	(170)
三、“贪者，民之贼也”	(171)
四、“去刻薄”、轻刑法	(172)
五、慎狱讼	(172)
第七节 王安石	(173)
一、“三不足”的变法理论	(174)
二、“大明法度”、“众建贤才”	(178)
三、“有司议罪，惟当守法”	(180)
第八节 两宋理学的政治法律意义	(181)
一、理学的源流与发展	(182)
二、理学基本论题及其政治法律意义	(183)
三、理学对古代正统法律思想的影响	(187)
第九节 朱 熹	(189)
一、君主专制与等级差别论	(190)
二、表面矛盾的德刑关系论	(191)
三、听讼以“权”	(195)
第五章 明清之际的法律思想	(197)
第一节 黄宗羲	(197)
一、“为天下之大害者，君而已矣”	(198)
二、“一家之法”乃“非法之法”	(199)
三、君臣分治与学校议政	(200)
四、减轻赋税，“工商皆本”	(202)
第二节 顾炎武	(204)
一、庶人议政与百官分治	(204)
二、法繁弊生	(206)

三、“以宗法治天下”	(207)
第三节 王夫之	(209)
一、尊君与分权	(210)
二、进化观与变法论	(211)
三、“宽以养民、严以治吏”	(212)

下编 中国近代法律思想

概 述	(217)
第六章 地主阶级改革派的法律思想	(219)
第一节 龚自珍	(219)
一、揭露法制的腐败,主张“更法改图”	(220)
二、国家、礼乐、刑法起源于“农”说	(222)
三、主张德主刑辅,严刑禁绝鸦片	(223)
第二节 魏 源	(225)
一、“因时制宜”的变法论	(226)
二、广开言路,百姓议政	(228)
三、赞扬西方的政治法律制度	(229)
第七章 太平天国的法律思想	(231)
第一节 洪秀全	(231)
一、农民阶级的朴素平等观	(232)
二、废“妖法”、立“天法”	(234)
三、皇权思想与政治等级观	(236)
四、重刑观	(237)
第二节 洪仁玕	(239)
一、“国家以法制为先”	(240)
二、发展社会经济、文化的立法设想	(241)
三、改良刑制,“教、法兼行”	(242)
第八章 洋务派与资产阶级改良派的法律思想	(245)

第一节 洋务派的法律思想	(246)
一、“变器不变道”与“中体西用”	(247)
二、整顿中法、采用西法	(248)
三、宽表猛里的刑法观	(251)
第二节 早期改良派的法律思想	(252)
一、“行君民共主之制”	(253)
二、“痛改积习、更定刑章”	(256)
三、立“保商”、“护商”之法	(259)
四、改良司法、澄清狱政	(263)
第三节 后期改良派的法律思想	(269)
一、康有为	(269)
二、梁启超	(283)
三、谭嗣同	(291)
四、严复	(297)
第九章 清末修律派的法律思想与“礼、法之争”	(305)
第一节 修律的思想酝酿	(306)
第二节 清末修律两大臣的法律思想	(310)
一、沈家本	(310)
二、伍廷芳	(325)
第三节 礼、法两派之争	(335)
第十章 资产阶级革命派的法律思想	(341)
第一节 孙中山	(342)
一、三民主义的立法纲领	(343)
二、“自由、平等、博爱”的法律观	(347)
三、五权宪法说和权能分治论	(351)
第二节 章太炎	(354)
一、建立总统制民主共和国的方案	(356)
二、“损上益下”的立法原则	(358)

三、“专以法律为治”	(362)
主要参考文献	(365)
跋	(368)

上 编

中国古代法律思想

概 述

从有文字记载的历史开始，到 1840 年鸦片战争止，是中国历史上的古代社会。

在这大约四千年的历史长河中，我们的祖先用他们智慧的大脑和勤劳的双手垒起了一座博大、深邃而又凝重的文化山脉，法律思想则是这座山脉中一个醒目的侧峰。

自从国家及法律产生之后，我们的祖先就开始从不同的角度、运用不同的思维方式穷根究底地思考法律本身以及与之密切相关的各种问题，从而形成了各式各样、丰富多采的法律观。在整个古代，思想家代有人出，观点也日新月异，在特定的历史条件下，最大限度地丰富了中国古代法律思想史的内容。

为了追求一种简明的编写体例，同时也是为了把握中国古代法律思想发展的主要脉络，本书将以先秦三代、春秋战国、秦汉、唐宋及明清之际一共五个部分作为古代法律思想史的时期划分，它们代表了古代法律思想发展的各个重要时期，完全可以全面、准确地反映古代法律思想发生、发展、主流的形成以及演变的基本过程。

先秦三代被称为奴隶制时期，是中国文明史上的初级阶段。由于历史以及材料的局限，这一时期的法律思想主要来源于统治者，尤其是最高统治者。初始是神权法思想一统天下，随着西周礼治的兴起、神权的式微，法律思想迅速摆脱神权的束缚而走向现实，这就为春秋战国时期法律思想的繁荣提供了前提。春秋战国时期，社会的裂变造就了思想领域的空前繁荣，这是古代法律思想最活跃、最富成果的黄金时段。无论是个人，还是某个学

派，他们在积极而深入地思考各种政治及社会问题的同时，也极有兴趣地探讨了多方面的法律问题，形成了诸多各具特色的法律观。可以毫不夸张地说，中国古代法律思想的主要范畴在此时期已经形成，其思路的整体构架业已搭就。终古之世，法律思想的发展基本没有超出这一时期探讨的范围。只不过是春秋战国时期，各种学说和思想是在互竞短长，而秦汉以后，先是法家独宠专房，然后是儒家夺嫡成功，最终形成了以儒家为核心的正统法律思想，并贯穿于整个古代社会。《唐律》的出现，正是正统法律思想物化的结晶，而两宋理学则是在更高的层次对之进行了完善。只是到了明清之际，从启蒙思想家们所发出的新声音中，才透露出了正统法律思想开始日薄西山的信息。

法律是政治的附庸，中国古代社会贯穿始终的君主专制的政治统治和大一统的文化氛围，决定了古代法律思想内容相对贫乏、观念停滞不前的特征。像其他所有领域一样，法律思想领域在专制主义的束缚和禁锢之下，没有也不可能形成真正的繁荣，而是停留在日复一日、不厌其烦地解说、完善一系列古老的教条和陈旧的观念的循环之中，甚至是在精心地为专制政治罗织精神的法网。从某种意义上说，中国古代法律思想史就是正统法律思想形成、发展、流变的历史，而正统法律思想乃是整个君主专制政治思想体系中最重要骨架之一。

当然，不可否认，古代一些思想家们即便生活于不能创造新文化、新思维的恶劣环境中，但依然闪现出一些思想的火花，这些火花虽然远不足以照亮黑暗，但毕竟刺破了天地一统的重重黑幕。它们虽然很微弱、甚至也很短暂，但历史价值极高。所以，那些中国古代法律思想家们自觉或不自觉地抒发出的具有历史甚至现实价值的观点或言论，是学习、研究中国古代法律思想史最值得认真挖掘和总结的。

第一章 先秦三代的法律思想

约公元前 21 世纪到公元前 770 年，是我国的奴隶制时代，这一时代包含三个朝代：夏、商、西周。

相传夏禹死后，其子启率先突破传统的“禅让”制政权交接形式，实现了王位的世袭制，这一历史的巨变，标志着原始部落联盟的解体和国家的出现。夏启所建立的国家史称夏朝，也是中国历史上的第一个奴隶制国家。

作为一个国家，统治者在建立并完善日益庞大的国家机器的同时，必然要在意识形态领域树立起约束和控制社会成员的思想权威，而这一权威，在当时条件下，必然就是宗教神权。

宗教迷信是人类对自然界臣服的心理结晶和产物。在氏族社会，人类认知能力和水平极其低下，自然界的风云雷电、山川草木乃至人的生老病死等等变幻更替现象，对当时的人们来说，无不充满神秘的色彩，在百思不得其解的情况下，他们开始相信有一种神秘而又超凡的力量在主宰和支配着这一切，他们由敬畏这种力量而演变为对之顶礼膜拜，这也就导致了图腾崇拜的出现。

所谓图腾崇拜，是指一个民族将某种动物或自然物视为本民族的偶像和护佑神来进行膜拜。图腾崇拜的进一步发展，便是祖宗神崇拜。

随着国家的出现，阶级的壁垒相应形成，社会成员便可分为统治者和被统治者两部分。一个国家毕竟不同于一个民族，过去的图腾和祖宗崇拜显然不可能为整个社会所接受，于是，宗教迷信很快演变为宗教神权，统治者刻意营造了一个全社会的图腾——天帝或上帝。

宗教迷信便是神权法思想产生的思想条件。

第一节 先秦三代的神权法思想

一、神权法思想的萌生

根据有限而有疑的史料，推断神权法思想在夏朝已经萌生。相传夏禹本人就很信奉鬼神，并非常重视祭祀。孔子曾赞美夏禹“非饮食而致孝乎鬼神，恶衣服而致美乎黻冕（祭祀时穿戴的礼服礼帽）”（《论语·泰伯》）。《墨子·兼爱下》引禹誓，记禹征有苗前誓师道：

济济有众，咸听朕言，非惟小子，敢行称乱，蠢兹有苗，用天之罚。若予既率尔群对诸群，以征有苗。

此或为“天之罚”的最早记录。

子承父志，启袭父之位后，同姓有扈氏不服，夏启领军讨伐，大战于甘，作《甘誓》：

有扈氏威侮五行，怠弃三正，天用剿绝其命。今予惟恭行天之罚。

（《尚书·甘誓》）

“天之罚”这种神权法思想的精髓大概在夏时便已形成。

二、神权法思想的兴盛

代夏而起的殷商以迷信鬼神而著称。“殷人尊神，率民以事神”（《礼记·表记》）。殷人在氏族时代，便有自己的图腾——“玄鸟”，后又转而崇拜“夔”，这似乎是他们的祖先神。殷商立国之后，为适应加强王权的需要，在宗教迷信中，开始塑造了一个主宰一切的至上神——“上帝”。殷王是国家的至高无上者，他是“下帝”，而昊昊皇天，冥冥之中，还有一位“上帝”。“下帝”是

“上帝”的儿子，故称“天子”。儿子自然一切都应服从父亲，依父亲之命来行事。

担任“下帝”与“上帝”之间媒介的，便是卜、史、巫、祝，他们是商朝社会地位特殊的文化官，负责沟通上下两界。在当时，国家兴废大事，诸如战争胜负、农业收成、城邑兴造、官吏黜除等等，都要由文化官通过占卜向上帝或祖先神请示和祈祷。所谓“卜辞”就是请示和祈祷的记录。甲骨文便是卜辞。当然，占卜的重要内容之一，便是询问上帝鬼神对定罪量刑的意见：

贞（卜问）：王闻不惟辟；

贞：王闻惟辟。

（《殷墟文字乙编》4604）

兹人并（刑）不？

（《殷契佚存》850）

占卜其实是借“上帝”的意志来体现“下帝”的意志，属于精神或心理范畴的统治术。所以《礼记·曲礼》说：“卜筮者，先圣王之所以使民信时日，敬鬼神，畏法令也。”

“畏法令”的原因是法令代表或体现上帝的意志，人间的刑罚也是根据上帝之意而实施，是“天之罚”。商汤王讨伐夏桀时曾言：“……有夏多罪，天命殛（诛）之，……尔尚辅予一人，致天之罚。”（《尚书·汤誓》）

“天罚”是殷商统治者给征伐和刑罚所下的定义，也正是根据这一点，我们才断言，如果说殷商在法律方面有思想的话，则自然属于神权法思想。由于卜辞中多见有刑罚方面的内容，故可以相信这是神权法思想隆盛的反映。

三、神权法思想的式微与明德慎罚思想的兴起

周武王领导的牧野之战，一举克商，周朝由是兴。但武王一