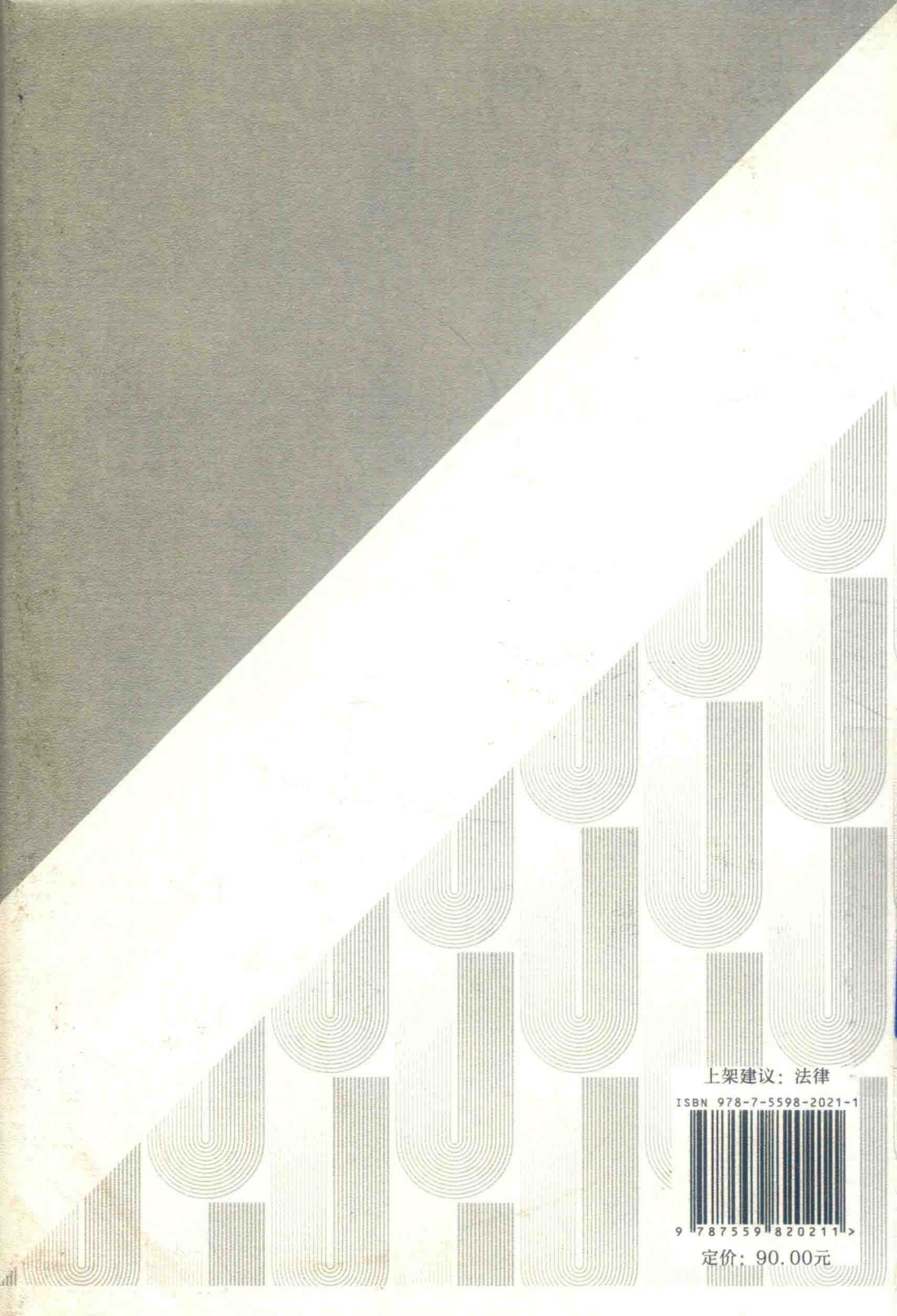


# 中国法律思想

故事与观念·古代卷

刘星 著

增订版



上架建议：法律

ISBN 978-7-5598-2021-1



9 787559 820211 >

定价：90.00元

# 中国法律思想

故事与观念·古代卷

——  
刘星  
著

增订版

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS  
广西师范大学出版社

·桂林·

此为试读, 需要完整PDF请访问: [www.ertongbook.com](http://www.ertongbook.com)

中国法律思想：故事与观念·古代卷

ZHONGGUO FALÜ SIXIANG: GUSHI YU GUANNIAN GUDAI JUAN

### 图书在版编目（CIP）数据

中国法律思想：故事与观念·古代卷 / 刘星著。—  
增订本。—桂林：广西师范大学出版社，2019.9  
ISBN 978-7-5598-2021-1

I. ①中… II. ①刘… III. ①法律—思想史—  
中国—古代 IV. ①D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2019）第 166083 号

广西师范大学出版社出版发行

（广西桂林市五里店路 9 号 邮政编码：541004）  
网址：<http://www.bbtpress.com>

出版人：张艺兵

全国新华书店经销

广西广大印务有限责任公司印刷

（桂林市临桂区秧塘工业园西城大道北侧广西师范大学出版社集团  
有限公司创意产业园内 邮政编码：541199）

开本：880 mm × 1 240 mm 1/32

印张：15.5 字数：310 千字

2019 年 9 月第 1 版 2019 年 9 月第 1 次印刷

定价：90.00 元

如发现印装质量问题，影响阅读，请与出版社发行部门联系调换。

## 修订版序

《西方法律思想：传说与学说（增订版）》由广西师范大学出版社出版。本书可视为姊妹篇。在本书《序言》中，我提到，将中国古代法律思想和当代思想连接起来，寻找视域融合，既重要且有意思。而将中国和西方对照，经过“导论分析式”的相互映衬，可能更是有思考意义的。两本书的共同特点均在于，在保持学术品格的前提下，尽量贴近“乐趣阅读”的意向，以小见大，以微见宏，在“日常感受”的涓细中将思想推向深入。这不仅仅是寓教于乐，因为就法律而言，思想从来就和“日常感受”有着关联，往往在后者中被激发。故希望读者可以在轻松之际进入思想世界。

本书的其他设想、意图，《序言》已有交代，读者可参阅。

本书原书名《中国法律思想导论：故事与观念》。现稍作修改。

感谢刘峰先生持续不断的引荐。感谢广西师范大学出版社的厚爱，能在该社出版本书，至为荣幸。愿读者能在本书中获得益处。

刘 星

2017年冬于北京

## 序 言

就法律思想的阐述和分析而言，本书侧重分析。关于中国法律思想，以往学者已有丰富而且成熟的梳理，但是分析可以更进一步，本书即为尝试。阐述伴随分析颇为重要，因为法律思想的研究尤其是为了法律思考，进而实现对法律现象的深入理解。

除分析的意义外，本书与以往的法律思想历史的叙述略有不同。首先，本书努力将思想和实践联系起来，尤为试图在现实经验个案基础上展开思想的解释和讨论，不纯粹从理论到理论。所以如此，因为笔者认为作为法律思想的话语和作为法律行动的实践——特别是具体微观法律活动的实践——是相互交织的，在相互交织关系的重建中，它们才能更为自我揭发，更为人理解。

其次，本书将历史中的中国法律思想和当代的中国法律思想结合起来，更为注重整体思想的空间结构，而非时序结构（当然不是完全忽略）。这是因为笔者认为尽管思想的“历史阶段不同”总是存在的，但各个法律思想的内在关联又是可以而且需要洞察的。无论历史的还是当下的，在法律语境中，它们总是可能互为映射，毕竟一旦进入法律问题之中，当不断需要丰富的理论支持法律观点的时候，历史的和当下的均可成为资源从而彼此激励、相互发明。

最后，本书努力挖掘作为研究对象的法律思想自身可能存在的

但未明言表达的思路——隐含观念，并且使其对话。这是逻辑化的思想试验，尽管也许存在过度揣测甚至臆想的痕迹，但是对于法律问题的辨析仍有启发。就最后一点来说，将可能隐含的法律思想推演出来，或许可使人们预测性地注意复杂多样的法律现象的可能，以期更好地解决法律实践问题，尤其是冲突争议化法律实践问题的同情理解式的解决。因为复杂多样的潜在法律思想总有可能成为推动复杂多样法律现象的元素。

本书尽量修辞平易。平易的出发点在于使人更易阅读。阅读的便利一是可使他者快捷理解，二是可使他者增添参与思考的欲望。思考的目的在于交流，而交流的成功对于法律实践的顺利展开注定必要。

约十年前，本书曾以《中国法学初步》为名出版。现做些许修订，适当缩减增添，亦更为规范化。要感谢中山大学法学院博士研究生张华，她协助校对了本书绝大部分的注释，工作十分繁琐不易。另要感谢法律出版社刘彦洋编辑，当我提出此书在法律出版社出版是否合适时，她给予了肯定答复和鼓励，能在她的鼓励和帮助下不断出书，非常幸运，当然更是荣幸。

本书肯定会有讹误、错解，深望读者批评指正。

刘 星

2008年10月于北京

# 目 录

修订版序	001
序 言	001
导论：中国法律思想的出发点	
001 《鹿洲公案》里的“兄弟争田”	001
002 官·写在书本里的法	004
003 赏与罚	007
004 “大公无私”	011
005 市场上的兔子（定分止争）	014
006 独角兽·“法”	018
007 《说文解字》	023
008 “法官”办“鹿”案·礼	026
009 乡里自治	032
010 规矩方圆	036
011 不同的追求	043

## 第一章 严刑峻法

012	怕火不怕水	047
013	《韩非子》论杀婴	050
014	人性恶·国家法	052
015	从三万贯钱到十万贯钱	057
016	社会学的寓言：囚徒的困境	061
017	防微杜渐的法律功能	063
018	国家法的清晰与“礼”的朦胧	067
019	官人李维棠	072
020	“以刑去刑”的境界	079
021	罚当其罪	086
	小 结	091

## 第二章 教化为先

022	浪子回头	092
023	“风吹草动”：德教的功效	096
024	人有恻隐之心	105
025	人性善·国家法	108
026	法家的尴尬：秦王朝的灭亡	111
027	仁义	114
028	刑，义的根本；义，暴的来源	117
029	“槐树”刑罚的故事	119
030	饮酒之礼·礼治·“防患于未然”	122

031 学校的好风气·礼治的效率	125
032 礼治·“熟人”和“陌生人”	128
033 何谓善于奖赏?	131
小 结	133

### 第三章 刚柔相济

034 性相近·习相远	135
035 “打一巴掌揉三揉”	140
036 常备不懈	143
037 董仲舒暗授《春秋》	144
038 君王眼中的“孝顺”	149
039 徐元庆案的“困惑”	151
040 “礼”为本法为末·德主刑辅	153
041 有嫁无婚·灵活解释法律	158
042 为什么解释?	162
043 法网的疏密·法律的原则性	167
044 养马人的命	172
小 结	175

### 第四章 顺其自然

045 “你我的争议”	177
046 “无为”的治理	180
047 爱马·被马害	184

048	法令数量与盗贼数量的正比例	188
049	法律的起源	191
050	礼：混乱的开始	193
051	无礼无法的境界	197
	小 结	203

## 第五章 国家法律的天下

052	法家的追思	206
053	“以”法与“依”法治国	211
054	“抓阄、抽签”·“依法治国”	214
055	靠人与靠法·“法律机器”	217
056	国家危险的原因：一半务农一半坐吃	220
057	法律一元化的功能	225
058	法律的“内”和“外”·酒店的狗	229
059	明处·暗处	232
060	“腾云驾雾”·“权势”与“法”	238
061	国家法律的强制性·“硬规矩”和“软规矩”	240
062	法律职业	244
063	邓析之死·“讼棍”	247
	小 结	251

## 第六章 “礼”或“民间法”的世界

064	苗人部落的传说	253
-----	---------	-----

065	大义灭亲?	255
066	家与国·忠孝难两全	262
067	父亲的权威	265
068	家族的小辈与长辈	267
069	“礼”·自然和谐与诗情画意	272
070	礼·吃饭·娶新娘	278
071	官司·和为贵	280
072	叔向与子产的通信·行为的仿效	285
073	习俗惯例式的民间法	291
074	奸污后的私了	295
075	愿望·“民间法”·“合理”	297
076	谁合理?	301
077	“民间法”的同情理解·熟人	305
078	原有秩序·民间法的地方性	308
079	“陋习”·宽容的姿态	312
	小 结	316

## 第七章 法与人

080	“名”与“实”	319
081	何为“士”?	322
082	法律背后的“人”	327
083	“权力哪吒”和“权力菩萨”·法律职业独立的隐喻	331
084	为人·研习·礼法	336

085	此一时彼一时·分权制衡	342
086	何谓“贤人”？	347
087	贤能与“平庸”之分：一种精英“法治”理论	351
	小 结	358

## 第八章 天然秩序

088	秋冬斩首	359
089	《礼记·月令》	361
090	水流象征刑罚·“阴”与水	365
091	天地和谐	367
	小 结	369

## 第九章 激进主义

092	“渡河的标记”	370
093	远古的一场争论：法律改革	374
094	大鱼·小鱼·虾米	379
095	理性的力量和意识形态“诡计”	381
096	张居正的“新政”	383
097	外国“月亮”·移植法律	389
098	共同的需求·现代化	393
	小 结	397

## 第十章 顺势而为

099 众人心·习俗	399
100 法律制度的形成	401
101 习俗的地方性·国情·“和奸”	405
102 是老婆还是妹妹?	413
103 保护“恶人”?	416
104 国家法律的“权利”·秋菊的困惑	418
105 乡土熟人社会·“情”	426
106 “可行性”·“钱会”里的中国国情	429
107 美法村的村政变迁·乡民的心态	433
108 反抗法律的现代性	437
小 结	440

## 第十一章 第三种态度?

109 慎之又慎·渐变	443
110 税的减法·小房与大楼	445
111 “烹煎小鱼”	451
112 空间上的一分为二·法律	454
113 “缩小”的激进·“拆开”的激进与顺势而为	460
小 结	463

参引文献	467
------	-----

## 导论：中国法律思想的出发点

### 001 《鹿洲公案》里的“兄弟争田”

清朝雍正年间，官人蓝鼎元颇为擅长审案断狱。蓝官人字玉霖，号鹿洲，也许特别喜欢自己的“号”所以写了一本书——《鹿洲公案》。《鹿洲公案》记录了许多案子，这些案子里的“法官”正是蓝鼎元自己。

在中国农村，田地是最重要的，有句话说“土地是农民的命根子”。一个平民百姓叫陈智。他有两个儿子，长子称作阿明，次子称作阿定。不知什么原因，陈智去世很早，于是就留下七亩地给两个儿子。但是，为争七亩地两个儿子产生激烈矛盾。说来怪遗憾的，父亲还在世时阿明、阿定友爱、亲善，少年时一起读书，成人后一起耕地，即便各自结婚了也是相互关照。可父亲一“离开”，兄弟之情便淡漠了。这都缘于所谓“命根子”的田地。

开始，乡里的亲戚、族人都来劝解，说“你让一步，他让一步，不行？”两个儿子就是不听。不仅不听还将“你争我夺”闹到了官府。

在官府，阿明讲：“这七亩田是父亲留给我的。”讲着便向知

县蓝官人（即蓝鼎元）递上父亲亲笔手书，上面写着“百年之后田产归长孙”。但阿定也不含糊，说这些田是父亲留给他的，并拿出“临终口头遗嘱”来证明，还说有人可以旁证。蓝鼎元觉得案子有点棘手，但稍过片刻还是宣称：“你们都说得不差，然而这意味着责任在你们的父亲。谁叫他不做出一个清楚的决定？我只好开棺问他！”兄弟两人听到这话立刻面面相觑，无地自容。接着蓝鼎元又是一通训斥：“田产比起兄弟亲情实在是区区小事，为这等小事打官司值得吗？说来让人寒心，你两个都是各有两个儿子的人，将来你们各自的二子长大不像你两个那样争田就怪了！所以为了日后安宁，我只好防患于未然，让你们各自只养一个儿子。阿明是长兄，留下长子送走小的；阿定是弟弟，留下次子送走大的。这是决定。现在命令差役押送阿明的次子、阿定的长子去收容院，卖给乞丐做儿子。”

阿明、阿定一听慌了。阿明说：“小民知罪了，愿将田产全部给予弟弟，永不计较。”而阿定也是“痛改前非”，说自己绝不接受田产，愿哥哥享有田产的每一尺每一寸。说完两人抱头痛哭。可是蓝鼎元仍然摆着架子，非说二人不是真心实意的，并宣称：“即使你们有了这份心意，你们家里当妻子的那些人也会小肚鸡肠，绝不让人。所以你们先回去看看妻子的意思再说。三天后，衙门见。”

就在第二天，阿明的妻子郭氏和阿定的妻子林氏立即邀请族人头领陈德俊、陈朝义到了官府，要求和解。

而阿明、阿定两个人更是痛哭流涕，说：“我两个真是罪该万

死，不知天理情义，叫蓝大人费了仁爱之心。今日的确如梦初醒，追悔莫及。我们发誓，永远不争这份田产了，请准许我们将这份田产捐献给佛庙寺院。”可是蓝鼎元得势不饶人，大声说道：“真是一对不孝之子！居然说出要将田产捐给和尚那些人，该用大板教训一番才是！做父亲的流血流汗，辛苦一辈子才留下了这份家当，你们兄弟二人鹬蚌相争，叫那些和尚渔翁得利，死者九泉之下能瞑目吗？照理说，做兄长的应该让弟弟，做弟弟的应该敬兄长，互让不行就要还给父亲。现在这田产只能作为祭奠你们父亲的资产，兄弟二人轮流收租祭祀，子子孙孙不得再起争端。这叫什么？一举多得！”

族人头领陈德俊、陈朝义听了这番话，频频点头称是。而阿明、阿定、郭氏和林氏听后也是感激涕零，“当堂七八拜致谢而去，兄弟妯娌相亲相爱……民间遂有言礼让者矣”<sup>1</sup>。

后来蓝鼎元乐不可支地总结道：这案子如果依着一般审判方法，就应该兄弟二人各打三十大板，将田地对半分开，三两句话了断即可；而现在费了不少周折，婆心苦口，但毕竟是效果显著。你看“此时兄弟妯娌友恭亲爱，岂三代以下风俗哉。必如此，吏治乃称循良”<sup>2</sup>。

1 蓝鼎元：《鹿洲公案》，收于刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版，第24页。

2 蓝鼎元：《鹿洲公案》，第24页。上述案情全部细节，参见蓝鼎元：《鹿洲公案》，第22—24页。