中国法律思想史分期问题商兑

饶鑫贤*

中国法律思想史学作为法学的重要分支，经历了最近一个世纪复杂、曲折的过程，已经获得了可贵的发展。在这期间，很值得注意的一件事，就是杨鸿烈于30年代中期在上海商务印书馆出版的《中国法律思想史》一书。该书开风气之先，总览几千年来中国法律思想发展的概貌，高屋见瓴，条分缕析，多所创发，被认为是这个学科的“开山之作”。书中提出的诸如学科的概念、研究的对象和范围、历史发展的阶段、学科的体系以及研究方法等许多问题，都给后人的进一步研究以有益的启示。但随着该学科研究的深入发展，人们发现其中也还存在若干关键性的问题，有待进一步商兑，中国法律思想史发展的阶段问题便是其中之一。

一

杨著出版于1936年。当时，中国由漫长的封建时代向近、现代转轨的时间尚不很长，学术思想虽极活跃，但远远谈不到已臻于成熟。杨氏将中国法律思想发展的历史过程，划分为四个时代，即所谓“殷周萌芽时代”，“儒、墨、道、法对立时代”，“儒家独霸时代”和“欧、美法侵入时代”，第一次向人们揭示了本学科几千年来的发展轨迹，为这个领域的科学研究带来了一种创发精神。但经过仔细审察，人们发现其中存在许多重要问题值得重新研究。首先是关于法律思想“萌芽”的时间问题。杨氏主要以新石器时代末期、特别是青铜器时代首见于金文“盂鼎”及《尚书·康诰》、《酒诰》中的“法”字和其中表现的德主刑辅思想为据，认为只能定在殷周。照此说来，则包括法律思想产生和发展的历史在内的整个中华民族五千年的文明史，实际上被人为地缩短了至少一千年，显然这是不能被接受的。〔1〕

其次是关于“儒、墨、道、法对立”的问题。杨氏把春秋、战国时期百家争鸣的情况概括为只是儒、墨、道、法四家的对立，也是不全面的。因为当时各家各派的论争，涉及面极为广泛。仅就法律思想而言，参与论争的，除此四家之外，尚有阴阳家、杂家乃至名家和兵家等学派。它们各有主张，各为议论；只提此四家而无视其他各家，无疑是不适当的。而且所谓争鸣的实质内容，也并不只是相互“对立”，而是同时还有相互间的影响、容纳和吸收；

---

* 北京大学法律系教授。

〔1〕这里提到的法律起源问题，包容甚广，不可能具说。可参阅武树臣：《中国传统法律文化》一书的第三章，北京大学出版社1994年版。

当时在许多论说中所表现的“儒表法里”或“阳儒阴法”等观点，都并非“对立”一端所能概括。

再次是关于“儒家独霸”的问题。杨氏根据《史记》、《汉书》中的有关纪、传所载材料，正确指出西汉中期以后实行了“罢黜百家，独尊儒术”的政策之后，即遽然肯定“两千年来中国的法律思想都是儒家的法律思想”，亦即断言除此以外别无法律思想之可言。[2] 这也不符合史实。因为自儒学及其经典被确认为“正宗”之后，它曾不断受到来自内部和外部各方面的挑战，其中许多观点和主张虽然没有被吸纳入正统的内容，但就其对立法和司法的影响而言，却绝非与正统思想“没有什么重大改变和冲突的地方”。[3] 正统思想即使在宋明两代经朱熹、王守仁等人的改造，获得新的动力，加强了对立法和司法的影响与支配，也仍然受到了明、清之际进步思想家黄宗羲、王夫之等人的尖锐批判，就是力证。

以上系属荦荦大端。除此而外，杨氏认定的“欧美法系侵入时代”，所为概括，似也未属妥贴。因为，这一时期，固然有中国传统法律文化与欧美法律文化的撞击和冲突，特别是中国人民为反对和要求废除帝国主义在中国的所谓“领事裁判权”而进行的斗争，但同时更有诸如守旧派与革新派、礼教派与法理派等派别之间的矛盾和斗争，而这些未必都是直接由“欧美法系的侵入”所造成。因此，单纯用所谓“侵入”来概括近、现代法律思想的发展状况，显然不确。这也是时代划分方面的一个重要问题。

上述问题本来都是十分明显的，可惜在此以后并没有受到学术界的充分注意。新中国建立之后，和其他的许多部门一样，社会科学研究，一律“以苏联为师”，法律史学也不例外，一开始就被包容在“国家与法权历史”学科当中。“中国法律思想史”或“中国政治与法律思想史”的分期，完全比照苏联同类学科的模式，以奴隶制时代、封建制时代、半殖民地半封建时代作为划分的界限，因而往往使人难于辨清其间的发展脉络。80 年代初期，我与张国华教授合作主编的《中国法律思想史纲》(上下册)[4] 一书，亦在一定程度上受到了这种模式的影响。当然这是应由我们自己负责的问题。

二

在讨论一个民族法律发展进程的时候，我们必须同该民族整个文化的演进、特别是生产力与生产关系发展水平的演进，密切联系起来。就法律文化或法律思想的演进而言，则除此以外，在各个不同国度、不同民族、不同地区、不同时期，还必须同该国度、该民族、该地区、该时期特定文化演进的程度和特点，包括政治经济状况和学术思潮（氛围）的特点，联系起来作通盘的考察。基于这一总的原则，现特就管见所及，对我国法律思想的发展试作如下六个阶段的划分:

第一，萌生时期。这个时期一般认定为原始社会末期分别以黄帝、蚩尤等为部落联盟首领的传说时代。根据有关历史文献所载传说与考古所获资料印证，当时，在古老的神祇观念和部落意识的支配下，随着部落联盟的出现和适应军事征战与维护传统祭祀的需要，逐渐萌生了具有一定强制力、甚至包括某些处罚方式在内的社会行为规范。这种原始的社会行为规

〔2〕〔3〕 前引杨鸿烈书，导言部分。
〔4〕 甘肃人民出版社 1984 年和 1987 年先后出版。

范逐渐形成习惯，为进入阶级社会以后神判法思想的形成和发展，准备了条件。《尚书·虞书·舜典》所谓“命皋陶作刑”等，可资参证。

第二，形成时期。约当公元前 21 世纪至公元前 770 年属于奴隶社会的夏、商、西周时期。当时的奴隶主贵族为了维护自己的统治，在意识形态领域，主要是利用君主“受命于天”的神权思想和以“亲亲”、“尊尊”为指导的宗法、等级原则作为统治工具。此后随着阶级斗争的激化和凌驾于社会之上的国家的出现，法律上即以这两种思想为主宰，神化当时的阶级统治，把体现奴隶主阶级意志的行为规范美化为神的（或上天的）意志，把对战俘、奴隶和违反社会行为规范的人的惩罚神化为“天讨”、“天罚”，从而形成了后人所称的神判法或神权法。到了西周，神权思想开始动摇，著名政治家周公姬旦汲取商代末年统治者暴虐无道遭致覆亡的教训，强调“天视自我民视，天听自我民听”（《诗经·大雅·皇矣》），倡为“礼制”，在法律方面采取“明德慎罚”（《尚书·康诰》）的方针和德刑并用、反对滥刑等一系列明智的政策，于是开始形成了中国法律史上由野蛮走向文明初期的法律思想。

第三，争鸣时期。约当公元前 770 年至公元前 221 年的春秋、战国时期，亦即公认的中国奴隶社会向封建社会过渡的时期。这一时期，随着社会生产力的迅速发展和提高，奴隶起义和国人暴动的不断兴起，出现了“乱崩乐坏”、政治权力下移、诸候异政、学术思想上异彩纷呈的“百家争鸣”的局面。在法律思想方面，以儒、墨、道、法四家为代表的各家各派各抒己见，纷纷就法律的起源、本质、作用以及法律与时代需求、社会经济、国家政权、伦理道德、风俗习惯乃至自然环境之间的关系等等基本问题，发表见解，其中很多都超越前人，大大丰富了古代中国以至世界法学的内容。其中，儒家以孔丘、孟轲、荀况为代表，坚持“亲亲”、“尊尊”的立法和司法原则，维护“礼治”，鼓吹“德治”，提倡“人治”，继承西周以来的“明德慎罚”思想，主张实行“德主刑辅”、“宽猛相济”的政策。这些思想，对于秦、汉以后的封建社会，发生了极为重要的影响。特别是荀况既“隆礼”又“重法”的主张，使儒家法律思想更适合于新的封建统治的需要，对于汉初期以后封建正统法律思想的形成和发展，起了重要的作用。墨家以墨翟为代表，以“兼相爱，交相利”（《墨子·兼爱上·法仪》）为标榜，要求人与人之间相互尊重财产的所有权，实行等价交换，互惠互利。这些思想反映了当时劳动人民的公平、平等思想和对具有极大权威的“周礼”敢于批判的精神。墨家提出的关于要求公正审判、罪刑相称及以利民为指针的经济立法等思想，都不失为古代法律思想中的精粹。道家以老聃、庄周为代表。他们崇尚“天之道”，主张效法自然，反对违背自然的一切人定法。老聃强调统治者必须摒弃人定法，采取与民休息的“无为而治”的方针，造成一种“小国寡民”的理想社会，进而摒弃包括法律在内的一切国家机器及其规章制度。道家的后起者庄周，从消极方面进一步发展了老聃的思想，主张绝对无为，否定包括法律在内的一切文化和道德，追求不受任何约束的绝对自由。道家的法律思想中除了此类法律虚无主义的糟粕之外，也自有其积极的一面。它的关于反对过重的剥削和压迫，要求不过分干预人民生活的主张，曾在战国中、后期同法家的某些观点相结合，形成被称为“黄老学派”的法律思想，在汉初和唐初的政治生活中发生重要的影响。法家先后以李悝、吴起、商鞅、慎到、申不害和韩非等人为代表。他们和儒家主张“礼治”的观点截然相反，主张“以法治国”的“法治”，认为法律是公平、正直的客观标准，是衡量人们言行的是非、曲直、功过，并据以施行赏罚的尺度和人人都必须遵守的行为规范。他们还从人性论出发，认为人皆具有好利恶害之心，极力主张用严刑峻法狠狠打击奴隶主贵族和加强对人民的统治。为了

维护和巩固封建统治，他们强调“以刑去刑”、“以杀去杀”，使法律成为封建统治者手中专事镇压的工具。这些思想虽有许多精粹的内容，但它的各种糟粕对后世产生了恶劣的影响。

除此以外，还有以邹衍为代表的阴阳家（或称阴阳五行家）。他们倡为“五德终始”论，据以强调治国必须“尚法”，并提出“春夏行德、秋冬行刑”的“德刑时令”说，[5]对秦、汉及其以后的立法和司法产生了重要的影响。还有在当时“形名之辩”中形成的以邓析、尸佼、尹文等人为代表的名家。他们力图以“明是非之分，审治乱之纪，别异同之处，察名实之理”来“正名实而化天下”，即通过“循名责实”实现他们“使天下归于治”的理想。[6]另有以战国末年政治家吕不韦和西汉初淮南王刘安二人的门客分别编纂的《吕氏春秋》、《淮南鸿烈》二书为代表作品的被称为“杂家”的一派。他们“兼儒墨，合名法”，[7]虽以道家思想为主却形成了综合各家、独树一帜的特点。至于稍后兴起的以孙武、吴起、孙膑、尉缭为代表的兵家，其著作见于刘歆《兵书略》所为著录。[8]基本观点在于“以法治军”，在论析兵之权谋、形势、阴阳、技巧诸方面，大抵都有特别的创发，即在当今国内外的某些军事学家中亦不无影响。这些学派通过自由的学术讨论，共同铸造了中国历史上光辉灿烂的百家争鸣的时代。

第四，定型时期。这个时期是指自公元前221年秦王朝建立时起至公元1840年鸦片战争爆发为止的整个封建时期。这两千多年又可分为前后两个阶段：从秦统一中国，经西汉、三国、魏、晋、南北朝至于隋、唐，历时约1200年，即一般所称封建社会前期。从两宋经元、明两代至于清晚期的公元1840年，历时约880年，即一般所称封建社会后期。

前一阶段最初建立的是秦王朝。它全面继承了法家思想传统，把原来的重刑主义推向极端，采取了包括文化专制主义在内的烦刑重罚、残民以逞的各种措施，不但窒息了原来诸子百家的思想，而且也妨害了法家本身思想的发展。继起的西汉王朝以秦代的速亡为鉴，改弦易辙，用经过改造的先秦“黄老”学派的思想为指导，制定和推行了一整套扫除烦苛、“与民休息”的政策。在法律方面，汲取黄老、儒家及其他各家思想的精粹，形成了以文武并用、德刑相济、进退循法和约法省禁为主要特点的方针政策。这些方针政策的贯彻，为促成著名的“文景之治”的出现，发挥了决定性的作用。西汉中期以后，随着封建大一统局面的形成和意识形态领域要求统一的趋向的出现，在以董仲舒为代表的儒士们的鼓吹和推动下，最高统治集团中逐渐形成了著名的“罢黜百家，独尊儒术”的基本方针，使儒学成为官学。儒家著作被奉为经典，儒家的伦理教条成为规范人们思想言行的最高准则。体现在法律上，则是以董仲舒杂冶儒经和“天人合一”、阴阳五行等学说于一炉而推出的神学目的论为指导，以则天顺时、礼律结合、德主刑辅等为主要内容的封建正统法律思想。作为一种思想体系，它形成之后，虽不断受到冲击，特别是东汉以后为王充、仲长统等一批唯物主义哲学家的挑战，因而很难称为“独霸”，但由于获得了封建最高统治集团的扶植与推行，一开始便对封建的立法和司法发生了支配性的作用。嗣后经过肇始于西汉中期的“引经决狱”，风行于东汉以至魏、晋时期的“据经解释”，直到唐初期的全面“援礼入律”，终于基本完成了中国法律思想儒家化的过程，为长期著称于世的、作为世界五大法系之一的“中华法系”的形成，

〔5〕《礼记·月令》
〔6〕《公孙龙子·迹府》
〔7〕〔8〕《汉书·艺文志》

奠定了坚实的基础。

后一阶段是中国封建社会由成熟到逐渐式微的时期。在法学领域，这时的封建正统法律思想虽已基本完善了它的内容和体系，但随着封建统治的走向没落，也进一步暴露了它的腐朽性。北宋时期，适应着缓和阶级矛盾与民族矛盾的需要，思想方面出现了以阐释儒经义理、兼谈性命为内容的唯心主义理学。南宋朱熹对此加以改造，一变而为客观唯心主义理学，鼓吹“天理”与“人欲”的对立，用他的思辩哲学，把封建正统思想装点起来，宣扬“存天理，灭人欲”，以“收拾身心”为宗旨的改革主张，在立法和司法方面，改“宽猛相济”为“以严为本而以宽济之”，[9] 甚至力主恢复肉刑，以残毁犯罪者肢体为手段来达到“绝其为乱之本”的目的。[10] 明代的王守仁把朱氏的“存天理，灭人欲”改造而为主观唯心主义的“致良知”，要求对“犯罪者”实行“剿抚兼施”，即既要求“破山中贼”，更要求“破心中贼”，因而在表现形式上更增加了一层欺骗性[11]。这个时期，由于不断发生内忧外患，各种矛盾交织，促使一批锐意改革的政治家多次发动和领导了社会政治改革运动。最著名的如范仲淹领导的“庆历新政”，王安石领导的“熙宁变法”，张居正领导的晚明时期的改革，等等。这些改革在许多方面都冲击到了当时的法制和法律思想。特别值得注意的是明、清之际出现的如黄宗羲、顾炎武、王夫之等一批具有唯物主义思想的进步思想家。他们主张以民为本、崇尚实际，反对空谈，力求经世致用，在法律思想上主张变“一家之法”为“天下之法”，反对“法祖”，强调“有治法而无治人”，并且在保证和监督法律的执行方面，提出了一整套惊世骇俗的主张。[12] 他们和此前出现的以“异端”自命的理学反对派李贽的有关主张一起，构成了对封建正统法律思想的严厉挑战。

第五，转轨时期，这是指从清代后期1840年鸦片战争爆发迄于1949年中华人民共和国的建立的一百多年的时期。在此期间，在外国资本主义、帝国主义的侵略之下，中国由封建社会逐步沦为半殖民地半封建社会，中国革命也随之由旧民主主义革命发展而为新民主主义革命。这种根本性的变化也使包括法律思想在内的整个意识形态领域转变了轨道。

在旧民主主义革命阶段，最初出现的新的政治法律思想势力，是来自地主阶级仕宦中以龚自珍、魏源、林则徐等一批明智而有作为的人物为代表的改革派。他们主张抵抗侵略，变法图强，“师夷长技以制夷”，[13] 并严厉批判封建的烦刑酷法，要求改革司法制度。随后，以起义农民领袖洪秀全、洪仁 为代表的革命派，用武装起义的行动，猛烈冲击封建的法制与礼教，要求革故鼎新，度势行法，建立革命的法律秩序。到了19世纪后期，封建官僚集团中以奕䜣、曾国藩、李鸿章、左宗棠、张之洞等被称为“洋务派”的一批封疆大吏为代表，标榜“中学为体，西学为用”，主张学习西方的坚船利炮，依靠外国援助大办军事工业，并要求“博采东西各国律法”，[14] 在不超越封建国家“政教大纲”的前提下改善法制。接着，以康有为、谭嗣同、梁启超、严复等为代表的资产阶级改良派，发动了被称为“戊戌变法”的维新运动。这一派主张由统治者自上而下地改造封建专制制度，实行君主立宪。他们

〔9〕《朱子语类》卷一〇八。
〔10〕《朱子全书·文集》卷三十七《答郑景望》。
〔11〕黄宗羲：《明儒学案》卷三十二《泰州学案》。
〔12〕黄宗羲：《明夷待访录·原法》。
〔13〕魏源：《海国图志叙》。
〔14〕见《张文襄公全集》卷二〇二。

认为封建法律是以纲常名教为内容的法律，是为封建君主谋一己之利和残民以逞的工具，必须用资产阶级鼓吹的“自由”、“平等”和“天赋人权”的法律以代之。20世纪初，以孙中山、黄兴、章太炎等为代表的资产阶级革命派，将西方的“民主”、“法治”观念同中国固有的“大同”、“重民”等思想揉合起来，提出了以“三民主义”、“五权宪法”为内容的资产阶级共和国方案，把包括法律观念、法律设施在内的社会政治生活中的一切，都置于理性的法庭上加以分析批判，严厉斥责封建的等级特权法律，揭露和要求废除野蛮残酷的封建刑罚制度，制订在法律面前人人平等的法律。最后，清王朝在内外交困的情况下，被迫实行“新政”、“立宪”，不得已开展了名为“修订法律”的活动。在修律过程中，由于指导思想的分歧，又出现了礼教派和法理派之间尖锐斗争：前者以张之洞、劳乃宣为代表，以维护宗法家族制度、进而维护整个封建制度为目的，坚持旧律中“义关伦常”诸内容之不可变更；后者以沈家本等人为代表，以实行资本主义法律制度为目的，力主改革旧的法律。这两派的斗争，集中反映了转轨前一阶段各派思想之间的最后较量。

在新民主主义革命阶段，法律思想领域的斗争和变化，更为激烈。首先是马克思主义法学的出现和传播。随着俄国十月革命的胜利和中国共产党的成立，马克思主义法学开始传入中国并得到迅速的发展。它为后来各革命根据地的立法和司法指示了方向，并为后来新中国马克思主义法学和社会主义法制的建设，作了理论上的准备。其次是反映民族资产阶级要求的民主法学的产生和发展。在西方资产阶级法学和国内新民主主义革命的影响下，以沈钧儒、张志让、史良等为代表的民主法律工作者，通过要求民主、进步的实际活动，大大促进了民主法律思想的传播和影响，为新中国成立后新的法律思想的确立，作出了有益的贡献。最后是封建买办法西斯法律思想的抬头、泛滥和复灭。这一时期，国民党政府口头高唱要以三民主义作为“法学最高原理”以创建“三民主义法学”，而实际上却完全背弃孙中山法律思想中的革命性、民主性精华，继承清末礼教派的衣钵，宣扬“中华法系”应以保存我国固有道德作为主要内容，要“奠基于礼治”，尽量发挥家长制的功用，等等。所以，当时代表官方的整个法律思想，在表面上虽也采用了资产阶级法学的某些词句，而实际起作用的，仍然是维护封建买办法西斯统治下的反共、反人民、反历史进步的国民党一党专政的法律思想。直到新中国成立，这种反动的法律思想，才被宣告彻底覆灭。

第六，发展时期。这是指中华人民共和国建立至今共50年的时期。这一时期也可分为前、后两个阶段，即1949~1976年的前一阶段和1976年迄于现在的后一阶段。

前一阶段，在中国共产党的领导和人民当家作主的条件下，中国法律思想获得了前所未有的发展机遇。但在全国解放初期，人民政权新建，百废待举，虽相继制定了起临时宪法作用的共同纲领以及婚姻法、土地改革法、惩治反革命条例、惩治贪污条例等一批基本的法律法令，而在法律思想方面的建树，却其功甚微。特别是由于“以苏联为师”和“要人治不要法治”思想的误导，法制建设受到了阻滞，法学研究和法律思想的发展尤其受到了干扰。至于继此之后从1966年至1976年所谓“文化大革命”的十年浩劫，在整个学术文化遭到全面破坏和践踏的情况下，中国法律思想史学更是在根本上处于一种空前的窒息状态。所以，这一阶段也可以称为中国法律思想发展的中辍阶段。

后一阶段，在“文化大革命”被彻底否定和批判之后，1978年12月，中国共产党举行了划时代的十一届三中全会。它制定了一系列正确的路线、方针和政策，拨乱反正，扭转了党和国家的航向，给国家和人民重新带来了和煦的春天。从此，中国法律思想史学开始步入

了一个前所未有的发展阶段。其主要表现是，首先统一了中国法律思想史作为一门独立学科进行教学与研究的必要性和可能性的认识，并经国家教委审定，在北京大学设立了法律史学的全国第一个硕士点和唯一的一个博士点。其次是建立了作为中国法律史学会下属机构的中国法律思想史学研究会。再次，组织一系列全国性的专题讨论，将本学科的研究引向深入。其间，除重点编纂《中国法律思想通史》(多卷本) 和多部大型辞书中有关中国法律思想史部分条目的编纂外，据不完全统计，在最近二十年当中，出版或发表的有关专著或论文，总数近三千部 (篇)，即平均每年约有百数十部 (篇) 之多。就其中内容考察，可以看出研究领域的不断更新和逐渐扩展，尤其值得注意的是，可以看出本学科研究的若干明显的发展趋势。这种趋势亦即我在《20世纪之中国法律思想史学研究及其发展蠡测》一文的最后所指出的：由个案性的人物评介向深层研究发展，由概括性的一般论析向专题研究发展，由通论性的大体介绍向断代研究发展，由总体性的通盘探析向部门研究发展，由单向性的具体考察向比较研究发展，由回顾性的追怀述论向当代研究发展。[15] 这种趋势反映了学科本身的勃勃生机，它的前路是非常广阔的。

〔15〕 详见《法律史论集》，法律出版社1998年版。