

中国法律史学会《法律史论丛》第六辑

中国历史上的法制改革 与改革家的法律思想

徐显明

徐祥民

主编

山东大学出版社

中国法律史学会《法律史论丛》第六辑

中国历史上的法制改革 与改革家的法律思想

徐显明 徐祥民 主编

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国历史上的法制改革与改革家的法律思想/徐显明,
徐祥民主编. — 济南: 山东大学出版社, 1999.9

ISBN 7-5607-2045-5

I. 中… II. ①徐… ②徐… III. ①法制-改革-研究-中国-古代②法律-思想史-研究-中国-古代 IV. D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 34985 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

山东莒县印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 19 印张 493 千字

1999 年 9 月第 1 版 1999 年 9 月第 1 次印刷

印数:1—1000 册

定价:40.00 元

变革与去弊

——代前言

徐显明

—

1998年研讨变革问题，有其特殊的历史回应意义。由远及近，有四个重大历史事件特别值得纪念。150年前，《共产党宣言》问世，这篇鸿论像巨擘一般拨动了整个地球的向左运转。以70年为一周期，共产主义运动已演进到有中国特色社会主义的第三阶段。《共产党宣言》所产生的革命，改变了人类二分之一人的命运。整整100年前，中国发生了19世纪最震撼人心的变革——戊戌变法，这是中国在旧式教育下最先觉醒了的知识人以血对轩辕所作的壮荐。中国本世纪的纪元式的制度创新都是在这时呼之而出的。变法推动了清末改律，改律移植进新的思维和法律体系，人权、自由、民主、法治等观念开始渐入民心，后来的“辛亥革命”、“省宪运动”、“人权运动”，甚至已80周年的“五四运动”都能在思想和理念上找到戊戌变法的发轫。变革是社会进步永恒的主题，百年前提出的

变法要求，在今天仍有现实意义，抛弃人治走向法治不正是100年前变法思想在今天的继续吗？恰好50年前，被誉为“本世纪全人类最伟大的文献”的《世界人权宣言》告世，它可以称得上是世界法典史上最伟大的创造。古典人权中寻找不到而对于被称为人的所有人来说又须臾不可离缺的最重要最有普遍性的最低标准的人权首次在这部文献中得到确认。它的诞生，既标明人权史上的新阶段，即第二代人权的产生，又表明传统的人权观念被变革。它给世界所有不同文化背景的国家提供了普遍的被参照、被模仿、被实行、被评价的共同标准。中国代表团建议用中庸的办法解决美苏因权利体系主张不同所形成的僵局的观点在最后被全体制定者所接受，这表明这个宣言是集中了包括中国智慧在内的全人类最优秀的智慧的共同结晶。中国领导人江泽民主席在纪念它行世五十周年而对中国人权研究会的贺信中说：“《世界人权宣言》的历史性贡献，就是唤起了世界人民对人权理想的追求，第二次世界大战后，世界人民更加蓬勃地开展反对帝国主义、殖民主义、种族主义的伟大斗争，上百个原殖民地、附属国赢得了独立，十几亿人获得了民族解放，从而为实现人类的人权和基本自由开辟了广阔的前景。”中国既是宣言的起草人也是这个宣言的受益国，它的共同性价值一直受到中国政府和人民的高度评价。江泽民主席在这封信中还说：“中国政府和人民将人权的普遍性原则和中国的具体国情结合起来，在促进和保护人权方面作出了巨大努力，取得了举世瞩目的成就。”然而半个世纪过后，即使这个世界性文献获得了如此国际间普遍认同的崇高地位，也还在它被讴歌被颂扬的时候出现了对它要求修改的声音。它在被通过时所采用的以突出个人自由中心地位的西方价值观正越来越受到怀疑，以至国际间行动理事会试图以新起草的以东方价值观

而重新确立人类秩序标准的世界《人类责任宣言》来弥补它。任何最伟大的创造，在时代的变革面前，都会暴露出它最重大的缺陷。《世界人权宣言》在纪念它五十周年之际被《个人、团体和社会机构在促进和保护公民的人权和基本自由方面的权利和义务宣言》所修改，更证明了变革的人类共同主题性。20年前，中国共产党第十一届三中全会召开，这次会议，是新中国告别贫困与斗争而走向富裕与建设的历史转折点。在中国共产党的历史上，它的重要性不亚于1935年的遵义会议。20年间中国发展的事实和成为反证的苏东对社会主义背叛的历史两方面都证实，没有20年前开始的改革就没有在整个地球向右转动的态势中社会主义从低潮中走出的胜利，也就没有在当今世界多极格局中有中国一极的局面。孙中山所唤起的中国人的觉醒，毛泽东所推动的民族独立，终于在这20年的邓小平时代演进为国富民强。

二

变革所以成为必要，除了变革可以成为社会进步的推动力之外，直面的和外见的原因是人们可以在变革进程中亲见陈弊被革除。目前中国有五大社会问题需要用变革的方式去手术根治。其一是社会腐败。这一现象已不限于公权力领域，凡有资源可以进行交换的地方，腐败均有可能滋生。所以目前我国在各个领域、各个行业内都不同程度地存在着腐败现象。诚如江泽民同志所说，“吏治的腐败是最大的腐败”，而司法的腐败则是最后的腐败。吏治腐败使公权力配置私有化了，司法腐败则最终易使反腐败的也走向腐败。这是当今中国最严重的社会问题。其二是社会造假。造假现象先起自于产品质量上。计划经济中的产品权力配置体制导致了生产者对质量的无视，商品供

应上的短缺在市场稍加放开之后又引发了狂潮般的以次充好，因之凡被称得上商品的东西大都存在着假冒伪劣问题。小到针头、药片，大到倾人所有的商品房。现在更严重的问题是，自认识到造假的危害性而对商品进行各种形式的打假以来，非但商品造假的势头未能扼制住，相反造假已蔓延到社会生活中的更广泛的领域。不但经济上假象种种，其他领域内亦假绩斑斑。这一社会问题的严重性正越来越引起人们的重视。其三是治安恶化。治安恶化的最集中表现是社会所有的人都丧失了安全感。“路不拾遗”与“夜不闭户”已有痴人说梦的感觉。20年间，我们在社会安全方面人们除了在政治上已获稳定的安全感之外，即在政治上和民主生活上安全的，其他如人身安全、财产安全、工作安全、栖居安全、交通安全皆有下降趋势。其四是生存挑战。该社会问题主要指构成我们生存的基础性条件的自然环境与生态遭到破坏。污染在我们的身边已成立体方式。空中有大气污染，世界十大空气污染城市中中国占其七；地下有水污染，大凡有人群活动的地方，大多不见清澈的流水；周围有噪音污染和白色污染及光污染。21世纪我们为恢复环境和治理污染所进行的投入将超过本世纪我们从毁坏环境和制造污染中所获得的产出。更为可怕的是，我们在对经济增长的追求中所采取的对资源的毁灭性使用方式将使那些不能再生的资源和物种永远消失。生物多样性原则正遭受着无情的践踏，我们的生存危机已达到有史以来最严峻的地步。是谁赋予了我们既要卖掉祖辈的棺材，又要吃掉孙辈的种子的权力？美国旧金山一个自然公园内出售的刻着该园创办人名言的木制名信片上有这样的话：我们现在所拥有的一切，不是从先辈那里继承来的，而是从子孙那里借来的。这是一句在21世纪中国所有握有资源配置权的人都应学懂诵读的话。谁也没有权利

毁掉借来的东西，因为保持原状是债务人首要的义务，在其对借物有损坏时，法律对他的基础性惩罚是责令其恢复原状。其五是社会的无序化状态。法治社会中法律是最高权威，人治社会中权力是最高权威，我们现在最高权威是什么？在中国社会的政治转型时期，人治法治两种现象并存。有人在用权力蔑视法律，也有人试图用法律制服权力，还有的人对法律和权力都蔑视，这就使社会呈无序化状态。这种状态的结构方式是：经济是诸侯式的，一地的最高权力可以决定哪些商品进入本地市场而哪些商品必须退出；司法权是地方化的，司法者的义务不是忠诚于统一的法律和追寻社会公正，而是为地方权力及地方利益而存在。司法者背弃法律不受否定反受褒奖，该地的人谁还会在乎法律是什么呢？所以中央的权威和法律的权威在这种结构中都被待之为软物。社会无序的另外表现是作为社会最基本规范的道德心态正在失落以及作为社会精神支柱的信仰正走向虚无。有法律而无遵奉，有道德而无意志，有信仰而无坚信，这些能形成秩序的因素都受到了无情的怀疑。法律，人们只是在不得已的时候才用之，而用时又往往借助法外因素，因之法律已堕落为偶尔性的工具。秩序之源地位如此，社会怎会形成稳定的状态呢？社会秩序类型大致可分为广场型的，即自由型秩序和剧场型的，即排列型秩序两种。但目前有的地方广场不像广场，剧场不像剧场。剧场内人们可以随意走动与喧哗，并鲜有人对号入座；而广场内却又不准随意进出，甚至进入广场反要收费和固定位次，这就是社会无序的写照。

20年代末张柏龄先生谓中国有五大弊端：一曰贪，二曰弱，三曰愚，四曰私，五曰散；30年代初胡适说中国问题有五个小鬼：一为贫穷，二为疾病，三为愚昧，四为贪污，五为扰乱。旧中国留给我们的积弊已被我们彻底革除，今昔已有大

别，但无可否认，任何社会都会存有尽管不是社会主流但却会引起全民关心的社会问题。中国上述五个社会问题不解决，我们在走向富强、民主、文明的时候就难有顺利，而去此五弊，唯有改革之一途。

三

1997年9月底，中国法律史学会第五届会员大会的最后一次会议在西安临潼举行。会议以中国古代的吏治及廉政建设为主题。该次会议上大家对腐败所作的“制度性腐败、体制性腐败、偶然性腐败”的三类型划分引发了对第六届会员代表大会及年会主题的思考。经五届执行会长韩延龙、徐显明、杨永华商得常务理事会同意，1998年学会的任务是完成对新一届中国法律史学会的换届和同时举行“中国历史上的法制改革”研讨会，会议的地点确定为济南，承办单位是山东大学法学院。

五届理事会执行工作期间，学会往届领导人、本届顾问张国华先生（曾任北京大学法律系主任、教授）、栗劲先生（曾任吉林大学法律系主任、教授）、乔伟先生（曾任山东大学法律系主任、教授）先后逝世，为缅怀他们的学术业绩、追思他们对中国法律史研究及对中国法学教育事业的卓越贡献，西安会议在开始程序上，全体与会者肃立向他们致默悼礼。这是学会自成立以来20年间之首次。三位先生中，张先生是我未揖之师，虽未得其真传，但曾多次得到他对中国历史法制人物评判的点拨。张先生对中国法律思想通史的研究及晚年对博通古今学贯中西的改律大师沈家本法律思想的挖掘使我们在今天研究法制变革时仍有受益。乔先生与栗先生是我的见授业师，他们也都以研究历史上思想与制度的变革而学高人崇。乔先生曾

任中国法律史学会的会长，但他最早是以研究荀韩法律思想而闻名于世的。他的著述以制度与思想并重而自成一统。栗先生曾任中国法律思想史学会的会长，但他却是以研究秦律而著称学界的。他的秦代即有罪刑法定的结论曾引发了法学多学科的思考与讨论。緬念法史学界对变革有足深研究的三位贤哲，更使我们感到济南会议主题的凝重与严肃。

1998年9月12日，中国法律史学会第六届会员代表大会及“中国历史上的法制变革”学术研讨会按西安会议要求在济南举行。山东大学法学院作为主办者之所以选择这一天，是因为一年前的这天乔先生永远离开了他开创的山大法学这块阵地和他倾情一生的法学研究。1997年的这天，济南大雨倾盆，上苍也为他的英年早谢而悲伤。半生坎坷半生怨的他刚步入了人生上的顺年和实年，却不想病魔无情。从专家处得知，他长在脑干上的肿瘤，与早年他在精神上所受强烈打击有关，精神上的内伤与他曾经历的一次车祸的脑外伤的结合极易诱发脑瘤。在他去世前神志不清的时候，口里呼出来的最连贯的语言只有被错划为右派时那些不屈的抗争的话。每见他双眼紧闭用尽全力呼喊：“我绝不向你们屈服”、“我相信真理在我一边”时，我的心里就骤生长时间的悲伤。反右那场对知识分子精神摧残的运动虽然已远离40年，但它对人身体的折磨却持续到了现在。性格即是命运，一生宁折不弯的乔先生，把刚毅与正直坚持到了生命的最后一息。

上三题，我之情感从欢快始，经沉重而至痛悲止。作为学生，对先师最好的緬念是弘扬先生之学术。把济南会议诸位专家的学术成果集起来作为贡礼献给对变革与去弊有卓凡研究的恩师，其实是我作此前言时最想表达的。济南会议是一次成功的会议。会议产生了学会新一届领导集体，大会对变革问题所

作的研讨有深度、有拓展，诸多新人已呈代出状。这些是最值得向先辈告慰的。

谨序上言，以作对致开幕词时未尽之意之补充。

1999.2.10 于山东大学舒白斋

(101)	燕王		讨论战国北已变革思潮
(901)	赵文侯		赵文侯及其父夫相分家制法
(1081)	齐威王		穆阿干苦困革制升台國中干关

世界潮流已革新陈法政制度新思潮

(105)	李金新		世界潮流已革新陈法政制度新思潮
(111)	李金新		世界潮流已革新陈法政制度新思潮
(115)	李金新		世界潮流已革新陈法政制度新思潮
(118)	李金新		世界潮流已革新陈法政制度新思潮

目 录

变革与去弊

——代前言		徐显明 (1)
-------	-------	---------

先秦时期的法制改革与法律思想

中国户籍制度起源初探		俞德鹏 (3)
春秋战国时期的社会变革与法律的成文化		徐祥民 (14)
齐国法治赏罚思想之我见		张玉书 (47)
稷下道家及其法律思想		王 萍 (69)
商鞅的吏治思想		汪汉卿 夏 扬 (84)
简论商鞅的“法治”思想		王祖志 (92)
商鞅的经济法律思想述论		高积顺 (105)

汉魏隋唐时期的法制改革与法律思想

论汉代法律思想与法律制度的变革		崔永东 (127)
主父偃的“推恩之术”		宋艳萍 (139)
试论魏晋时代的立法改革		刘笃才 (149)

法制变革与北魏封建化	王霄燕 (161)
隋朝法制建设得失及其历史启迪	孙文波 (169)
关于中国古代赃罪的若干问题	
——以唐律为中心	周东平 (183)

宋元明清时期的法制改革与法律思想

简议李觏的经济法制思想	陈金全 (201)
王安石变法的内容及其社会效果	俞鹿年 (213)
评议马端临的刑制改革观	冯 潇 杨恩翰 (234)
略论元朝在云南的经济法制建设	方 慧 (245)
清代判例制度	汪世荣 (259)
近年来日美两国学者关于清代民事审判性质 的争论	【日】寺田浩明 (273)

鸦片战争以来的法制改革与法律思想

试论《新政真诠》中的“厚俸”主张	高旭晨 (291)
晚清法制改革引出的两点思考	徐忠明 (303)
晚清时期禁用刑讯的思想及其实践	
..... 陈鹏生 陈汉生 王立民	(324)
法律移植与中国民法法典化之路	
..... 李艳华 戴剑波	(334)
略论清末修律对中国法制近代化的影响 ...	肖传林 (344)
帝国主义对清末修律的影响	王瑞起 (355)
浅析清末司法制度之变革	柴 荣 (362)
沈家本的局限与法律现代化的误区	马作武 (370)
戊戌变法与明治维新之比较	姚秀兰 (381)
梁启超的法治思想	邱远猷 (391)

人治或法治：孙中山宪政理论与宪政实践中的

两难抉择 马建红 (419)

辛亥革命前后中国人宪法权利的演变 春 杨 (437)

梁漱溟法文化观论略 陈景良 (447)

罗隆基人权理论评介 徐显明 葛明珍 (468)

综 论

法律史是人类解放自身的历史 倪正茂 (493)

中国古代司法中的慎刑观及其慎刑机制

..... 林 明 (505)

论中国封建社会的榷盐法改革 ... 张洪林 曾友祥 (518)

中国古代复仇问题初探 李声炜 (530)

孔氏家族经济特权——地产考 袁兆春 (541)

古代中国处理对外关系的传统及其思想渊源

..... 王 扬 (574)

中国民族法史研究之管见 苏 钦 (582)

中国古代官吏选任制度浅议 孙光妍 (587)

后记 (593)

先秦时期的法制改革 与法律思想

中国户籍制度起源初探

俞德鹏^{*}

在中国古代，户籍一直是统治者向民众征赋（人头税、丁赋、户调等）与派役（兵役、徭役）的工具，同时又是确定法律关系主体身份地位（士、农、工、商、贱民、奴婢等）的依据，甚至还有维护社会治安秩序和统计人口民户数量的职能，在社会制度中占据着举足轻重的地位。然而对于中国户籍制度起源的时间问题，学界却似乎未给予认真的对待。《辞海》（1989年版）和《法学词典》（第三版）以及其他许多辞书均认为户籍制度开端于秦献公十年（公元前375年），这一说法是容易令人生疑的。因为有大量的史料表明在此之前中国就已经出现户籍制度。

^{*} 宁波大学法律系副教授。