

依法治国与法史镜鉴

法学格致文库

穷究法理 探求真知

张晋藩 著

中国法制出版社
CHINA
LEGAL PUBLISHING HOUSE

依法治国与法史镜鉴

法学格致文库

穷究法理 探求真知

张晋藩 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

依法治国与法史镜鉴 / 张晋藩著. —北京: 中国法制出版社, 2015. 5

ISBN 978 - 7 - 5093 - 6376 - 8

I. ①依… II. ①张… III. ①社会主义法制 - 建设 - 研究 - 中国②法制史 - 研究 - 中国 IV. ①D920.0②D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 101830 号

策划编辑 刘 峰 (52jm.cn@163.com)

责任编辑 杨 智 (yangzhibnlaw@126.com)

封面设计 周黎明

依法治国与法史镜鉴

YIFA ZHIGUO YU FASHI JINGJIAN

著者/张晋藩

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640×960毫米 16

版次/2015年5月第1版

印张/16.5 字数/182千

2015年5月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 6376 - 8

定价: 49.00 元

北京西单横二条2号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66038703

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

序

自从党的十五大明确提出“依法治国”的方略以来，法治在国家生活中的地位逐步上升。至党的十八大，更进一步提出全面推进依法治国的任务。而要完成这一伟大任务，除了贯彻落实各项法治建设事业，还有一点至为关键，就是要走中国特色的法治之路，不人云亦云，不照搬照抄。在这一点上，习近平总书记在关于《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的说明中，明确指出：“立足我国国情，从实际出发，坚持走中国特色社会主义法治道路，既与时俱进、体现时代精神，又不照抄照搬别国模式。”

既然要走中国特色的社会主义法治道路，就不能忽视具有四千多年发展历程而又从未中断的中华法制历史。不论是某项法律规定，还是某个制度，都辗转相承、源流清晰，其连续性、完整性和系统性是其他文明古国所不具备的。传统法律文化基因中所蕴涵的信息，有很多是永远也无法删除的。我们固然需要不断吸收世界法制理念和经验，但首先还得立足于国情，回溯法制历史，认清法制现实。马克思在《路易·波拿巴的雾月十八日》中说过：“人们自己创造自己的历史，但是他们并不是随心所欲地创造，并不是在他们所选定的条件下创造，而是在直接碰到的、既定的、从过去承继下来的条件下创造。”我们要全面推进依法治国，实际上就是在创造中国的法制历史，自然也无法

在选定的条件下创造，而必须在四千年的法制文明之上继往开来，推陈出新。

在四千多年的中国法制历史中，形成了特有的法律传统，其中虽然不免有封建落后和保守的成分，但更多的是体现了中华民族的智慧 and 理性。其合理和民主的内涵，是可以跨越时空，为当代借鉴的。四千多年伟大的中华法制文明，当使我们感到自豪和自新，也激励我们为建立和丰富当代法制而奋斗。总之，对法制历史理解得越深刻，对优秀法律传统挖掘得越充分，我们的法治建设就越能彰显中国特色，也越能适应民族和时代的需要。

多年来，依法治国和法史镜鉴这二者的关系，一直是我思考的重点。围绕着这个问题，我除了撰写学术论文外，还随时记录下点滴心得。现在，将它辑录成书，希望以此供智者千虑之一得。

张晋藩

目 录

第一编 依法治国与法史镜鉴

论中国法制史学的治世功能	3
依法治国是历史发展的必然——20 世纪中国法治回眸	6
中国古代“以法治国”的史鉴论纲	15
肃清法律工具主义的影响 牢固树立法律权威主义观念	24
中华民族优秀的法律传统与史鉴价值	26
值得借鉴的中国古代立法经验	40
清朝民族立法经验管窥	47
廉政舆论——廉政法制建设的先导	60
惩贪立法——廉政法制建设的基石	63
考课——惩贪与奖廉并举的制度保障	70
监察——维持廉政的一道防线	78
俸禄制度——廉政建设的辅助手段	91
中国古代廉政法制建设的启示	96
奉法者强则国强 奉法者弱则国弱	98
改制与更法须相向而行	105
古人论治吏	108

第二编 从历史深处走来

从历史深处走来的法治精神	117
中国古代综合治国的历史探析	122
中华法系的价值与意义	135
中华法系的特有内涵：民族法史	139
解读中华法系的本土性	145
中华民族伟大复兴与重塑中华法系	163
中国古代的监察立法	170
论中国古代“固有民法”	182
中国古代的民事诉讼制度	213
论中国古代司法文明	222
中国古代司法监察的历史管窥	237
从人本到人权的发展轨迹——以中国法制历史为视角	244

第一编

依法治国与法史镜鉴

论中国法制史学的治世功能

中国法制史是一部专门史，它以历代法律制度为研究对象，揭示其从古到今的发展规律性。中国法制史学的治世功能主要在于：

其一，阐明历史发展的真实进程，用以教育民众，建立起正确的历史观、国家观、法律观。这是历史学成为科学的重要标志，也是治史学者的历史使命。关于追求历史的真实性问题，古人论者多矣。孔子关于“无征不信”的论述，表明了他对史学研究的严肃性。他说：“殷因于夏礼，所损益可知也。周因于殷礼，所损益可知也。其或继周者，虽百世可知也。”又说：“夏礼吾能言之，杞不足征也；殷礼吾能言之，宋不足征也。文献不足故也。足，则吾能征之矣。”司马迁著《史记》，不仅对史料进行考辨，有些还进行实地考察。如，司马迁听淮阴人说韩信之母葬于高敞地，亲临考察，视其母冢，曰“良”。这种信而有征、追求历史的真实性的史学传统，对后世极有影响。清代史学家章学诚说：“传人适如其人，述事适如其事。”李大钊也说：“凡学都所以求真，而历史为尤然。”古希腊史学家波里比阿对真实与史学的关系说得非常形象：“‘真实’之于历史，犹如双目之于人身，如果挖去某人的双眼，这个人就终身残废了。同样，如果从历史中挖去了‘真实’，所剩下来的岂不是无稽之谈？”凡是信而有征的历史，称为“信史”；真实地叙述历史的本来面貌，称为“直笔”。这些都对法制史研究有着极其重要的指导意义。日本侵略者在统治中国东北时期，公开篡改中国历史，说什么满洲国人是“天照大神”的后代、“满洲自古就不属于中华”，等等。他们要借此消弭“满洲国人”对中华民族的认同感、归属感，以便于进行奴化教育，维持殖民统治。晚清思

想家龚自珍曾经说过一句非常经典的话：“灭人之国，必先去其史。”可见真实的历史对于一个国家、一个民族的重要性。

其二，科学地总结中国法制历史在治世中的经验，为现实的法制建设提供镜鉴。这是法制史学生生命力的所在和基本的价值取向。中华民族立国四千余年，而且辗转传承，从未中断，积累了丰富的治国理政的经验与教训。这份珍贵的历史遗产展示出它的治世功能，具有极其现实的意义。1986年，我在给中共中央书记处讲课时，题目就是“谈谈中国法制历史经验的借鉴问题”。主要谈了以下几点：

首先，法治和盛世的关系。中国古代出现过成康之治、文景之治、贞观之治、康雍乾之治等所谓“盛世”。盛世的出现不是偶然的，立法建制是重要的原因之一。成康之治与周公制“九刑”联系在一起，文景之治是和全面废除秦朝的苛法、建立新法制、制定新律令密切相关，至于贞观之治、康雍乾之治也都和制定《贞观律》以及制定《大清律例》《大清会典》密切联系在一起。从来没有不讲法制的盛世，也从来没有盛世而法令不行的现象。韩非所说的“国无常强无常弱，奉法者强则国强，奉法者弱则国弱”，充分显示了法与盛世的关系。

其次，改制和更法的关系。我在报告中举了商鞅变法的例子。我认为，商鞅变法的成功在于：首先，制定法律，引领变法向着既定的目标进行；其次，依法坚决打击变法的反对派；再次，强调法必信和群众知法的必要性，以树立法律的权威和夯实变法的群众基础；最后，以法律固定改革的成果。商鞅虽死，“其法未败”，所以改制与更法具有相互促进、密不可分的关系。

再次，礼、乐、政、刑综合治国。早在西周时，周公制礼作乐、立政建刑，开创了综合治国的先例。《史记·乐书》说：“礼以导其志，乐以合其声，政以壹其行，刑以防其奸。礼乐刑政，其极一也，所以同民心而出治道也。”这种综合治国的理念，充分显示了古代政治家的智慧，并对后世有着深远的影响。

最后，治法与治吏的结合。治法，是制定一部良法；治吏，是选拔培养执法的贤吏。只有法与吏的结合，才能发挥法治的治世功能。唐德宗时，白居易说：“虽有贞观之法，苟无贞观之吏，欲其刑善，无乃难乎？”宋时，王安石说：“守天下之法者，若如吏。”明末清初，王夫之从总结历史经验的角度提出“任人任法，皆言治也”，但是既不能“任人而废法”，又不能任法而废人，结论就是“择人而授之以法，使之遵焉”。为了治吏，古代创立的很多制度值得借鉴。如：严格划分职官的权责；依法定制，考课官吏；注重发挥监察机关的重要作用。等等。

总之，“观今宜鉴古，无古不成今。”中国古代法律的内容精彩纷呈，可以为现实所借鉴者，笔不胜数。法律史学者的工作，就是科学地总结历史经验，理解它，透视它，真正做到古为今用，发挥法制史学的治世功能。

依法治国是历史发展的必然 ——20 世纪中国法治回眸

在人类社会历史的长河中，一个世纪不过是一瞬间。但在即将过去的 20 世纪里，却充满了震古烁今的巨变，是以往几个世纪所无法企及的。就中国而言，经过辛亥革命、新民主主义革命，中华民族终于摆脱了百年的厄运，迎来民族独立与国家振兴的曙光。尤其是在 20 世纪的最后二十年，改革开放的中国开创了前所未有的经济、政治的新局面，释放出蕴藏已久的巨大能量，取得了为世界所瞩目的辉煌成就。当我们怀着伟大的抱负、恢宏的志气迎接新世纪来临之际，回顾百年所经历的惊涛骇浪，会给我们以深沉的启迪，从而为建设 21 世纪依法治国的社会主义法治增添动力与信心。

回顾百年中国法制，使我们清醒地认识到，中国法制的近代化虽然经历了艰难曲折的道路，遭遇过失败与顿挫、希望与幻灭，但由于它符合世界历史发展的潮流，适应中国民心之所向，因而不是任何顽固势力所能阻挡的。从中，可以使我们成熟起来，更加自觉地肩负起建设 21 世纪法治中国的重任。

回顾百年中国法制，使我们深感中国人在正反两方面的教育下法制意识的空前觉醒。虽然中国法制的现代化问题还没有最终解决，但是航标已经确立，基础已经奠定，因此这个跨世纪的任务，必定能够实现。

回顾百年中国法制，使我们体验到历史有时确实惊人地相似，

尽管它并非简单地重复。因此,对百年中国法制进行认真的反思与总结,全面认识和理解法制变革的原因、主要的成就、发展的趋势、经验与教训,从而把握中国法制在现代化进程中的规律性,会使我们在建设 21 世纪法治中国的伟大事业中更具有主动性、自觉性和科学的预见性。

中华民族没有陶醉在五千年灿烂文明史的回忆中,也没有因鸦片战争失败以来的屈辱遭遇而妄自菲薄,他们深沉地总结经验教训,为了建设新时代背景下的具有深厚文化底蕴的新的中华法系而努力奋斗。

二

20 世纪中国法制的发展演变,是中国法制走向现代化的重要历史进程。虽然这个进程迂回曲折、跌宕起伏,充满了矛盾与斗争、前进与倒退,但却是一个有规律可循的前进的历史必然性运动。从 20 世纪初开始的清末修律,使中国法制的发展离开了传统的轨道,标志着中国法制现代化的开端。这个过程不仅有着连续性,而且不断地深化。辛亥革命以后革命民主派提出的以法律约束权力并为之而进行的护法斗争,反映了近代法统观念的确立,也体现了近代资产阶级民主宪政追求。北洋政府时期,虽然处于军阀割据之势,但经过清末司法改革所建立起来的司法机关体统仍然在一定程度上实现着独立司法的职能。北洋政府大理院判例的价值,说明了这一点。南京国民政府建立以后的最初十年,在沿袭清末以来广泛吸收世界立法新成果的基础上,完成了六法体系的架构。1949 年以后,经过摧毁旧法统、创建新法制的艰难历程,至 20 世纪 80 年代随着中国向市场经济的转轨和经济法律体系的建立,显示了中国法制现代化的进一步深化。而中国共产党“十五大”提出的依法治国的方略,则体现了百年中国法制发展的趋势和必然结果。

自 19 世纪中叶中国闭关锁国的门户被迫打开后,中国不可能再置

身于世界之外，它的存在与发展已经成为世界的一部分。早在清末修律以前，中国的有识之士已经开始探索改革中国法制的出路。

鸦片战争发生前夜，清朝统治者坚守祖宗成法，顽固地抵制任何改革的言论与行动，以致严重落后于时代的专制主义的法制不仅桎梏着社会经济的发展，也锢蔽着人们的思想、束缚着人们的行动。开明的官僚士大夫如龚自珍、魏源、徐继畲、包世臣等人，在著述中表达了改革清朝法制的呼声和对于西方民主与法治的朦胧的赞美。鸦片战争以后，西方列强的物质文明和精神文明使当时眼界初开的中国人看到了中西之间的差距，有识之士提出了“师夷变法”的主张——师夷变法不仅在科学技术上“师夷之长技”，也包括在政治法律上学习“泰西之法”。他们已经初步意识到西方的民主与法制对于富国强兵所具有的价值，所谓“富强之本，不尽在船坚炮利，而在议院上下同心，教养得法”。^①冯桂芬在《校邠庐抗议》中明确提出学习西法的主张，而且还设计了“中学为体、西学为用”的原型。这对洋务派“学习西法，稍变成法”以及“中体西用”的主张都有着直接的影响。

在清朝统治集团中，一部分以洋务自诩的大官僚集团提出“中学为体、西学为用”的改革思路，在法制上力求引进某些西法以适应对外交往的需要。中体西用是师夷变法的进一步发展，它反映了统治集团内部对祖宗成法也可以变通的立场，是中西法文化由碰撞到逐步融合的最初形式，尽管中体西用的法制改革收效极微。19世纪末20世纪初，以康有为、梁启超、严复为代表的维新派广泛宣传了资产阶级法治学说，提出设议院、开国会、制定宪法、改良专制政体并且建立仿西方的法律体系。然而，这个改革的蓝图随着戊戌变法的失败而流于破产。20世纪初八国联军侵入中国，使中华民族陷入了严重的民族危殆，清政府也处于“能变则存、不变则亡”的严峻关头，被迫推行了

^① 郑观应：《盛世危言·自序》。

新政、预备立宪、建立新法律体系的一系列变革。修订法律大臣沈家本推行“汇通中西，务期中外通行”的修律宗旨，将中国的法制改革与西方法律较为全面地联结起来。至此，传统的中华法系解体了，大陆法系逐渐主宰了中国法制的现代化。不数年间，形成了一个新的法律体系。但由于移置的法律未能与中国的国情相结合，以致有些新立之法脱离了中国的实际。

清亡以后，继起的中华民国虽然具备了民国的政治法律框架，但实际上仍然实行的是军阀的专制统治，国家长期处于混乱的原因就是“法律不能生效，民权无法保障，政治无由进化”，是“蔑法律而徇权势”^①的结果。北洋政府所宣扬的法统，并不是《中华民国临时约法》所确立的法统，而是军阀专政、谋取权力的一种借口和遮羞布。南京国民政府建立后，也接过北洋政府的法统旗帜，以“一党专政”为突出标志的《中华民国训政时期约法》作为其法统，使“一党专政”的政权合法化。

仍然面临着灾难的中国和中国人民不能不再次作出历史的选择。

随着马克思主义在中国的传播和中国共产党的诞生和发展，中国历史进入了新民主主义革命阶段，并于1949年建立了中华人民共和国。1954年《宪法》确立了人民民主的法统，使新中国的政权合法化。但由于“左倾”思潮的影响，新中国法制的建设仍然处于飘忽不定的状态，时而制定宪法和一系列重要的法律，时而又在无产阶级专政、不受法律约束的理论指导下主张“无法无天”。总之，在国家活动中缺乏依法办事的观念，正常的法制建设进程也不断受到冲击。特别是人们从总结“文革”十年的沉痛教训中，深切体会到法制的重要性：无法制，则无人权保障；无法制，则国家的施政无准；无法制，则一切都失去规范和约束。人们从切身的感受中，呼唤民主与法制。正因为如此，他们以极大的热情欢呼邓小平提出的民主制度化、法

① 《孙中山全集》（第9卷）“民权主义第五讲”，中华书局1986年版，第325页。

律化,“为了保障人民民主,必须加强法制。必须使民主制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人的看法和注意力的改变而改变。”^①十一届三中全会在实现了思想上的拨乱反正以后,强调要“发展社会主义民主,健全社会主义法制”,并提出了“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”的方针,揭开了中国法制建设的新序幕。1995年2月,中共中央举办中央领导同志法制讲座,江泽民主席在讲话中提出要“实行和坚持依法治国”。这是中国领导人关于未来治国方略的第一次公开宣示。1996年2月,在中共中央《关于依法治国,建设社会主义法制国家的理论和实践问题》的法制讲座会上,江泽民主席又发表了《依法治国,保障国家的长治久安》的讲话。3月17日,第八届人大第四次会议批准的《国民经济和社会发展“九五”计划和2010年远景目标纲要》将“依法治国,建设社会主义法治国家”作为战略目标加以规定。1997年4月,江泽民主席在党的十五大报告中首次将“依法治国,建设社会主义法治国家”作为党领导人民治理国家的基本方略郑重提出。1998年3月,在九届全国人大一次会议上,江泽民主席、李鹏委员长就依法治国的问题再次做了精辟的阐述,从而反映了依法治国是举国上下的共识。这是百年中国治国方略的新发展,是中国法制现代化的新里程碑,也是社会进步与社会文明的一个重要标志。

三

在中国近代法制转型的过程中,法观念的更新是重要的思想前提。从魏源、洪仁玕、康有为、谭嗣同、梁启超、沈家本到孙中山,他们站在历史潮流的前面,是法观念更新的先驱者。经过他们,由固守成法,转向师夷变法;由维护三纲,转向批判三纲,由礼法结合,转向

^① 《邓小平文选》(第2卷),人民出版社1983年版,第136页。