

最新法学报告论文选

谈谈中国法制历史 经验的借鉴问题

张 晋 藩

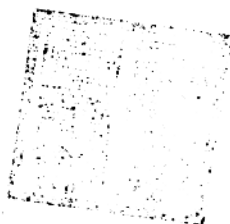
中国政法大学出版社



2 018 9408 5

谈谈中国法制历史 经验的借鉴问题

张 晋 藩



中国政法大学出版社



谈谈中国法制历史经验的借鉴问题

张 晋 藩

•
中国政法大学出版社出版
新华书店首都发行所发行
中国青年出版社印刷厂印刷

•
787×1092 毫米 32 开本 1.5 印张 22 千字
1986 年 12 月第 1 版 1986 年 12 月第 1 次印刷
印数：1—2,500 册
书号：6416·81 定价：0.30 元

内容提要

本书是作者为领导同志讲课的讲稿。共讲授三个问题：1. 中国法制历史的悠久传统与演变；2. 中国古代法的体系与丰富内容；3. 值得借鉴的历史经验。作者着重论述了历史上的盛世与执政者重视法制的关系，经济体制改革与法制改革的关系。本书对当前政治体制改革有一定借鉴作用。本书适合高中级党政领导干部和企事业单位的领导干部和高中级知识分子阅读。

作者小传

张晋藩，男，1930年生，1952年中国人民大学研究生毕业。现为中国政法大学教授、研究生院院长。主要著作有：《中国法制史》、《中国宪法史略》、《中国法律史论》、《中国近代法律思想史略》、《中国政治制度史》等。

60056/10

谈谈中国法制历史 经验的借鉴问题

张 晋 藩

当前，我们在遵循小平同志提出的一手抓建设，一手抓法制，积极从全局的角度加强社会主义法制，以促进四化、服务四化的时候，不仅需要总结我国建国以来法制建设的成功经验和吸收当代外国法律制度中值得借鉴的东西，也需要总结中国古代法制史上的丰富经验，作到鉴古明今，古为今用。

从历史唯物主义观点来看，即使是剥削阶级的法律，它的发生发展也都是合乎规律的历史运动的必然结果，都反映了中华民族的历史文化传统和特有的国情，并积累了运用法律调整社会关系、促进

经济发展和保证国家机器正常运转的经验。对于中国古代剥削阶级的法律，要在扬弃这个总原则的指导下，从现实的需要出发加以借鉴，在科学的批判中总结吸收有益的成份，这对建设具有中国特色的社会主义法制是有所裨益的。

一、中国法制历史的悠久传统与演变

中国是世界上著名的文明古国之一。近年来的地下发现，显示了中国法制历史的上限决不止于公元前二十一世纪的夏朝。夏朝不仅建立了国家，形成了法制，而且已然是具备相当规模和比较成熟的形态。从夏朝起，中国法制的历史经过四千多年的发展过程，从没有中断过。因此，沿革清晰，体系完整，内容丰富，资料充实，是中国文化遗产中的一个重要组成部分。在世界文明古国中也是仅有的。

中国法制的历史不仅起源早，而且在相当一段时间居于世界前列。以一九七五年湖北云梦发现的秦简为例，秦简中记载了公元前三世纪至二世纪秦

国商鞅变法以后，至秦始皇统一六国这一历史时期的法律。尽管它不是秦律的全部，但法律调整的广泛，条文的细密，释文的准确统一，诉讼程序的完备，乃至法医学的应用，对法官职责的要求，都雄辩地说明了它在当时所达到的世界先进水平。如果以秦简所记载的早期封建法律与西方早期著名的封建法律法兰克撒利法典相比，撒利法典晚于秦律将近十个世纪，就其内容而言，很多还停留在习惯法阶段。

再以唐律为例：唐朝是中国历史上封建政治、经济、文化高度发展的朝代，在法制方面也有光辉的成就。唐律的制订标志着中国封建法制的成熟。唐律不仅奠定了唐以后封建法制发展的基础，而且也对相邻国家和地区有很大的影响。朝鲜、日本、越南等国的古代法律，大都以唐律为渊源。例如，朝鲜的《高丽律》，日本的《大宝律令》、《近江令》，越南李太尊明道元年的《刑法》和陈太尊建中六年的《国朝新律》，大都取法于唐律。中国古代法律之所以被世界公认为五大法系之一，除本身所具有的特征外，另一个重要原因就是它的影响在

一段时期超出了国界，相邻的东南亚国家和一些地区的法律，基本属于中国法律的系统。

但是，中国法制的起源虽早，在漫长的过程中却陈陈相因，发展缓慢，充满了保守性、孤立性和排外性，以致十七世纪中叶以后，西方已经开始了资产阶级革命，以资产阶级法制取代了封建法制，而中国却仍然停留在封建法制的窠臼。这不是偶然的，是和中国特定的历史环境分不开的。中国是一个地处东亚大陆资源丰富的国家，自给自足的自然经济长期占统治地位，海上交通与海外贸易不发达，重要的商品生产由国家控制，广大农民的日常生活从男耕女织中得到满足而不依赖于市场，这种经济上的闭塞性决定了中国长期是一个封闭型的保守的国家。而闭塞和保守恰恰是封建专制政权长期存在的重要基础。马克思在论证中国封建经济解体的缓慢性与政权的关系时，特别指出：“在中国，那就更缓慢了，因为在这里，直接的政治权力没有给予帮助。”^①

^① 《资本论》第3卷第373页。

中国古代法制辗转相承，经历了四千多年，直到一八四〇年鸦片战争以后，才发生了质的变化。鸦片战争以后，中国沦为半殖民地半封建社会，海禁大开，西方资产阶级的法律法学开始输入中国。一八六二年美国传教士丁韪良首先翻译了《万国公法》。其后洋务派把持的译书机构同文馆也出版了十八部外国法律法学著作。其中大多是国际公法。这反映了当时清政府在外交上的急需。主持总理各国事务衙门的恭亲王奕訢看到丁韪良翻译的国际公法，便说：“此乃吾所急需者也”。^①在这段期间所译外国法律以英美法律为主，而法律译书在整个译书中还居于次要地位。一八九五年以后，情况发生了变化，在所有译书中以法律为主，而且涉及到各个部门法。梁启超说：“夫政法者，定国之本也。……故今日之计，莫急于改宪法。必尽取其国律、民律、商律、刑律等书而译之。”^②

由于资产阶级改良派在变革政体上效法日本明

① 丁韪良：《花甲忆记》。

② 梁启超：《变法通议》。

治维新，因此在法制上也以日本资产阶级法律为蓝图。同时认为翻译日本法律“和文（日文）移译，点窜便易成书”，^①以致日本法律在中国逐渐超越英美法律，居于主导地位。而日本法律是以罗马法作为渊源的。于是中国便通过日本从理论到实践接受了罗马法系的影响，这在当时被看作是顺理成章之事。梁启超说罗马法是“诸国定律之祖。”^②主持清末修律的大臣之一俞廉三也认为，各国民法导源于罗马《民法大全》，其后有《拿破仑法典》，日、德、奥、意等国“皆从此”，中国当然也不能例外。资产阶级法律的输入对清末修律产生了直接影响。清末修律基本上按照六法——宪法、刑法、民法、商法、诉讼法、法院组织法的体系进行的。从此传统的封建法系逐渐解体，中国法制的发展与世界法系开始沟通。中国法制历史的发展也进入新的时期。

① 顾燮光：《译书经眼录》。

② 梁启超：《变法通议》。

二、中国古代法的体系与丰富内容

近代以来，中外法制史学者从中国古代表性的法典是刑法典这一事实出发，认为中国古代法的体系是以刑为主，诸法合体的。也有人武断地说：

“中国古代没有民法，只有刑法。”这是不符合中国古代法制历史的实际的。根据马克思主义的原理，任何一种类型的法律都是特定的社会关系的产物。社会关系是复杂多样的，反映社会关系的法律规范的内容也必然是复杂多样的，对于社会关系所进行的法律调整的方式也不可能是单一的。因此，任何一种类型的法的体系中，都必然存在着相对独立的不同的法律部门。这是基于社会关系的多样性历史地形成的，并不取决于统治者的意愿。至于采取哪一种原则、形式来编纂法典，则是立法者根据统治阶级利益的需要，在总结历史经验的基础上有意识地活动的结果。不能仅以中国古代代表性的法典是刑法典便得出中国古代法的体系只是由刑法所构成的。相反，中国古代法的体系，也是由许多部

门法组成的。中国古代的行政法就较为发达。远在《周礼》中便记载了属于行政法的规范，譬如设官建制，划分职、权。至唐代，行政法已经成为与刑法二水分流的独立部门。唐玄宗时制订的《唐六典》，是一部比较完整的封建性质的行政法典，它的制订标志着中国封建法的体系已经发展到一个新的阶段。自唐以后，行政法自成体系，在内容上大体划分为十类：吏、户、食货、礼、教育、科技、民族、宗教、司法行政与军事行政。其调整范围之广泛，规范之详备，制度之明确，体系之严谨，均为同时期世界各国所少有。近代著名的资产阶级民主派章炳麟在论述典律分野的历史发展时说：“周世书籍既广，六典举其凡目，礼与刑书次之而通号以周礼。汉世乃一切著之于律。后世复以官制仪法与律分治，故晋有《新定仪注百官阶次》诸书，……迄唐有《六典》、《开元礼》，由是律始专为刑书，不统宪典之纲矣。”^①

日本法学家织田万有在《清国行政法》一书中

① 章太炎：《检论汉律考》。

也指出：“支那法制与其国民文化相同，所由来甚久。……非仅有刑法典，更有规定施政之大则者，吾辈假名之为行政法典。惟其起源未有定论，如以周礼所传周公之政典为法典之起源，是行政法典之编纂在干刑法典之先。……行政经典之编纂，实始唐之六典。前溯汉代，干律外有令、有格、有式，虽亦备载施政之准则，然具法典之体裁，且足为后代之模范者，厥惟六典。……如以上所述，支那自古有二大法典，一为刑法典，一为行政法典。”^①

至于中国古代是否没有民法？为什么没有一部独立的民法典？也是值得重新认识，深入探讨的。马克思主义认为：“民法不过是所有制发展的一定阶段即生产发展的一定阶段的表现。”^② 在中国古代随着私有制的发展，有关田土、户婚、钱债等民事法律规范也从无到有，由简趋繁，或规定于法典当中，或自成律令条例，调整着特定的财产关系和人身关系以及私人间的权利义务关系。以中国奴隶

① 《清国行政法·总论》。

② 《马克思恩格斯全集》第4卷，第87页。

制时期的民事法律规范为例，虽不如罗马法影响之广传，但与《汉谟拉比法典》相比是毫不逊色的。中国奴隶制的民事法律规范大都铭刻在青铜制作的鼎、彝等所谓“重器”之上，以示统治者的重视。其内容包括土地的转让、租赁、赔偿、赠予以及债权法方面的一些规定。如果把《汉谟拉比法典》泛称作“石柱法”，那么中国古代的民法，也可以泛称作“青铜民法。”至于婚姻、继承方面的法律规定，则详见于周时的文献典籍，其影响至为深远。

汉唐时期，随着商品经济的发展，契约形式日益复杂化，出现了买卖、租赁、债务契约以及有关债务担保、时效、损害赔偿等一系列规定。出土的汉代杨绍买地砖，刻有“民有私约如律令”的字样，^①反映了官府承认民间私约的法律效力，由此也可以看出民间私约的普遍与盛行。

宋以后民事立法日渐频繁，民事法律规范不断增多，有关永佃权、质权、典权、侵权行为、债的担保、（瑕疵担保、违约担保）、婚姻、继承都有了详

^① 钱大昕：《十驾斋养新录》卷八。

细的规定，有些达到了较为完备的程度，例如，物权中埋藏物与漂流物的所有权归属问题，以及无主物的占有与遗拾物的处理，等等。但是，中国封建时代确实没有制定出一部独立的民法典，这是和自然经济长期占统治地位，商品经济发展相对薄弱；封建政权强调国家利益而视私人利益为“细故，”及其推行的重农抑商政策；人身依附关系长期存在，不能广泛提供法律上权利与义务关系的“私人的平等”；以及礼的规范和家法族规对民事法律关系所起的实际调整作用分不开的。然而却不能从中国古代没有一部独立的民法典便否认中国古代民事法律的存在。即使就立法而言，由宋迄清民事法律也逐渐由单行法令趋于法典化。清代的《户部则例》从某种意义说来就是一部单行的民法。

中国古代的经济法律规范也是构成古代法的体系的部门法之一。《逸周书·大聚》说：公元前十一世纪周朝便立法，“春三月，山林不登斧，以成草木之长；夏三月，川泽不入网罟，以成鱼鳖之长”。这可以说是最早的森林保护法和水生资源保护法。这项记载从秦简的发现而得到证实，秦简田

律明确规定，春二月不准砍伐山林，堵塞水道。秦律中《工律》、《工人程律》、《均工律》对于官营手工业产品的规格，生产的定额和劳动力的调配等等规定得非常具体。例如，女工匠二人等于男工匠一人；七岁以上童工五人等于男工一人，但刺绣女工一人等于男工一人；有技艺的“隶臣”，要令他从事手工业劳动，勿得使其赶车或为烹炊。秦简《金布律》和《关市律》则规定了货币的规格和流通使用办法以及市场的管理和税收。从秦经济法规的内容可以看出秦朝一方面推行重农抑商的政策；另一方面也注意调整官手工业、官商业、官畜牧业的发展。秦以后漫长的封建社会有关土地制度、赋税制度、矿冶制度、货币制度、工商贸易制度、金融财政制度、度量衡制度等等，均有专门的法令进行调整。例如，唐的均田令、赋役令。宋以后的钱法、税法、盐法、茶法等等。虽然中国古代没有出现和使用经济法、经济立法的概念，但从实际来看，中国历史上各种类型的政权都注意运用法律调整一定范围的经济关系，对于保证公私生产组织的存在和发展，调整国家的财政收支，协调国家与百

姓之间的经济关系和经济利益，都起了重要作用。

除此之外，关于中国古代刑法、诉讼法、狱政法的丰富内容论者颇多，此处不赘。

三、值得借鉴的历史经验

中国古代法制可资借鉴的经验很多，这里只是从宏观上阐述与国家统治大体攸关的几个问题。

（1）盛世和法治

在漫长的中国古代社会，出现过一些所谓的“盛世”。例如，西周成康之治、汉初文景之治、唐初贞观之治、清前期康乾之治等等，这些“盛世”的共同标志是社会比较安定；经济、政治、文化有所发展；阶级矛盾比较缓和。促成盛世的原因是多种多样的，但法治是重要的条件和保证。早在《尚书·吕刑》中便提示了“刑罚世轻世重”的原则，要求“观世而制刑”，“随世轻重”。《周礼·秋官·大司寇》则具体阐述了“刑新国用轻典，刑平国用中典，刑乱国用重典”的区别用法思想。这可以说是中国最早的关于“法”与“治”关系的论