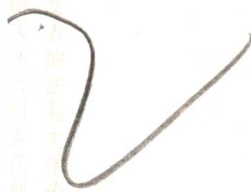


張晉藩 著

張晉藩文選



中華書局

D929-53/6

2007

張晉藩文選

張晉藩 著

中華書局

图书在版编目(CIP)数据

张晋藩文选/张晋藩著.-北京:中华书局,2007.6

ISBN 978-7-101-05719-5

I.张… II.张… III.法制史-中国-文集

IV.D929-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 083884 号

书 名 张晋藩文选

著 者 张晋藩

责任编辑 赵 英 梁 彦

出版发行 中华书局

(北京市丰台区太平桥西里 38 号 100073)

http: //www.zhbc.com.cn

E-mail: zhbc@zhbc.com.cn

印 刷 北京瑞古冠中印刷厂

版 次 2007 年 6 月北京第 1 版

2007 年 6 月北京第 1 次印刷

规 格 开本/880×1230 毫米 1/32

印张 26¼ 字数 600 千字

印 数 1-1500

国际书号 ISBN 978-7-101-05719-5

定 价 68.00 元

自序

这本文选收录了我从 20 世纪 50 年代初期至 2006 年 9 月公开发表的法制史学论文共 47 篇。其中 50 年代 2 篇,60 年代 2 篇,70 年代 1 篇,80 年代 12 篇,90 年代 12 篇,新世纪之始 18 篇。这个轨迹从一个侧面具体而微地反映了新中国法律史学发展的历程。

在我半个多世纪的中国法制史学的研究中,一是倾注心力,组织编写《中国法制通史》与《中国少数民族法制通史》,前者已于 1998 年问世,后者正陆续出版中;二是积极从事部门法史的开拓研究,涉及到古代刑法、民法、行政法、司法制度、政治制度、官制、近代宪法等领域;三是较多地关注清朝断代史。以上都在文选中有所反映。

在半个多世纪里,无论学术指导思想还是社会状态,都发生了极大的变化,这些在我的论著中亦深深地打上了时代烙印。为了显示我的学术历程的真实性,所收录的论文除个别文字略加改动外,一律保持原貌。

敬希读者批评指正。

张晋藩

2006 年 11 月 14 日

目 录

中国旧民主主义宪政运动的破产·····	1
关于法的阶级性和继承性的意见·····	6
剖析《中华民国临时约法》,吸取历史的经验教训·····	13
中国古代国家与法权历史发展中的几个问题·····	31
清初启蒙民主主义者的政治法律思想·····	44
编写《中国法制史》多卷本专著的设想·····	58
《红楼梦》所反映的清朝诉讼制度·····	68
综论 17 世纪后半期的进步思潮·····	86
试论中国封建审判制度的特点·····	113
再论中华法系的若干问题·····	134
中国古代的行政管理与行政法·····	152
论中国古代民法研究中的几个问题·····	179
谈谈中国法制历史经验的借鉴问题·····	204
略论中国古代精神文明建设与法制的关系·····	230
中国古代文官制度综论·····	241
中外法制历史比较研究刍议·····	262
法制史学的四十年·····	290
中国古代惩贪治吏的历史借鉴·····	332
中国古代法律文化论纲·····	346
简论中国古代刑法的起源·····	361
论中国古代的职官编制法·····	381
中国历代官制的发展规律及其时代特点·····	394

清代律学及其转型·····	414
中国古代民事诉讼制度通论·····	461
论礼·····	475
中国传统法观念的转变与晚清修律·····	503
依法治国是历史发展的必然——20 世纪中国法治回眸 ···	526
重塑中华法系的几点思考——三论中华法系·····	534
《中国法制通史》十卷本总序 ·····	542
新中国法制建设回眸与前瞻·····	547
重塑中华法系与中华民族伟大复兴·····	558
富国强兵之路的可贵探索——冯桂芬《校邠庐抗议》 读后·····	566
清朝法制史概论·····	580
中华法制文明导论·····	600
法治与法学·····	617
综论中国法制的近代化·····	639
中西宪法文化的比较·····	661
中国近代宪政历史论纲·····	680
沈家本法律思想综论·····	690
综论独树一帜的中华法文化·····	723
人本主义——中华法系特点之一·····	734
综论百年法学与法治中国·····	743
中国古代监察法的历史价值——中华法系的一个视角·····	759
中华法文化苑中的奇葩——律学·····	779
中国法律史学的发展历史的反思和期望·····	793
探索中华法制文明的珍稀遗产·····	802
中华法系研究的回顾与前瞻·····	816

中国旧民主主义宪政运动的破产

中国的旧民主主义宪政运动,自从中国社会转变为半殖民地半封建社会以后就开始了。它在不同时期、不同程度上为实现资产阶级宪政而斗争,并沿着两条不同的道路,一条是改良主义的道路,一条是旧民主主义革命的道路发展着。前者集中表现为 1898 年的戊戌变法运动,后者集中表现为 1911 年的辛亥革命。但这两条道路都已为历史证明是走不通的道路。

19 世纪 60—70 年代,在中国近代历史上产生了最初的改良主义的社会思潮。这种社会思潮的产生是以一定的社会发展进程为基础的。自从鸦片战争以后,帝国主义在中国从军事、政治、经济、文化各方面,采取各种侵略与压迫的手段,动摇了两千多年来封建的自然经济基础,在客观上刺激了中国民族资本主义的成长。但在半殖民地、半封建的生产关系的束缚下,中国民族资本主义的发展不能不遭到严重的阻碍。1894 年中日战争以后,中国已完全陷入半殖民地的地位,从而加深了帝国主义与中华民族的矛盾、人民群众与清朝统治者的矛盾,也加深了当时生产关系与发展着的资本主义生产力之间的矛盾。微弱的民族资本主义要求为自己开辟广阔的道路,要求以资本主义生产关系来代替封建的、半殖民地的生产关系。然而当时资产阶级还没有形成一个独立的政治力量,只能通过正在向资产阶级转化的一些地主阶级分子表现出微弱的改良政治、发展资本主义的要求;幻想在不根本触动旧的生产关系的前提下,用缓和矛盾的方法谋取资本主义的发展,这就是戊戌变法在经济上的基础。

同时,中日战争的失败刺激了广大人民的民族觉醒和反帝反对清朝专制统治的革命情绪,地主阶级的官僚士大夫们力求以改良政治的手段来避免革命,挽救民族的危机,解脱清朝倾覆的噩运,从而构成了戊戌变法的政治基础。而那些热烈地向西方资产阶级国家追求真理的一派人物,如康有为、梁启超、谭嗣同等人,已经接触到西方资产阶级民主主义的文化,感受了资产阶级宪政的影响,在他们的著作中也反映了资产阶级宪政思想的萌芽。这就构成了戊戌变法的思想基础。

戊戌变法是二十多年来改良主义社会思潮的总结,是改良主义宪政运动的实践。戊戌变法运动所提出的主张和实践,在不同程度上渗透着资产阶级旧民主主义宪政的精神。但它所采取的方法是改良的而非革命的。列宁说:“一般改良主义的实质,就只是去鼓励实行那些不必消灭旧有统治阶级主要基础的变更,可与保存这些基础相容的变更。”戊戌变法的领袖康有为、梁启超企图根据资本主义国家的政治体制,力图把清朝封建君主专制政体改良为君主立宪政体,为此倡言应以“俄国大彼得之心为心法,以日本明治之政为政法”。建议设立议院,以为议院“可得民信,筹巨款。政出一堂,德意无不下达,事皆本于众,权奸无可容其私”。随后又提出“开制度局而定宪法”。各道设“民政局”,实行地方自治。总之开国会、设议院、定宪法就是康有为宪政主张的基本内容。

戊戌变法不是以推翻旧政权建立新政权为目的,而是改良和强化旧政权,所谓“革旧图新,以求国祚”。不是采取革命的方法,而是用无数次地下跪上书,作揖请愿,争取皇帝的信任,借以实现“自上而下顺而易”的改革。他们把宪政看作是皇上的恩赐,脱离了人民的实际斗争,抽掉了积极的内容,把它停留在虚幻的诺言和软弱无力的措施上。在“除旧布新”的百日维新中既不能实践已提出的宪政主张,又无力抗拒顽固派的横暴摧

残,从而决定了戊戌变法只能以悲剧收场,以失败而告终。

戊戌变法是以改良君主专制政体为君主立宪政体的少数上层分子发起的政治运动,这个运动脱离人民群众的斗争,并散布了对于统治阶级的幻想。这是它消极的一面。正是这消极的一面决定了日后改良主义的主要领导人蜕变成与革命相对立的保皇派。

改良主义者以下跪上书乞求的宪政最终幻灭了,但是改良主义的思潮,却在长时期中仍然俘虏了一部分人,解放战争时期有些人使用改良主义的观点来看问题,模糊了代表人民利益的中国共产党与代表四大家族利益的国民党反动派之间的不可调和的斗争。幻想着走第三条路线,以为只要有几个民主党派参加蒋介石政府,就可以不问实行什么纲领,什么宪法,什么性质的军队,也都可以算作“由独裁走向民主”了。不敢和不愿面对阶级斗争的现实,不从阶级斗争的观点来看待问题,不敢把革命进行到底,这就是改良主义最本质的特征。改良主义的阶级基础是资产阶级和那些长于幻想、畏惧严重斗争的小资产阶级。改良主义者企图在革命与反动之间独树一帜,是与历史发展的法则相违背的,是必然要趋于失败的。

1911年发生的辛亥革命,是以旧民主主义革命的方法实现资产阶级宪政的一次实践。辛亥革命是人民大众与清朝反动统治斗争极端尖锐化的结果,是多年来所郁积的反清斗争的大爆发。这次革命的性质是旧民主主义革命,它以工人、农民、小资产阶级和资产阶级及其知识分子为革命的基本力量,以三民主义为革命的政纲,以旧式会党和新军为活动地盘。这次革命推翻了腐败的反动的专制清王朝,成立了南京临时政府,创立了中华民国。这次革命对中国人民的政治觉醒起着极大的推动作用。辛亥革命以后,组织了南京临时政府,这个政府的性质是一部分资产阶级革命民主派和一部分资产阶级上层的君主立宪派

联合的带有旧民主主义色彩的专政。其中君主立宪派想尽快地以立法手续来巩固到手的革命果实,停止刚刚开始革命,并同袁世凯实行政治分赃。而当时的革命民主派,因为脱离了群众,感到自身力量的不足,也想用一纸宪法来限制袁世凯的权力,从而制定了一部《中华民国临时约法》。但是,这个资产阶级民主主义的宪法性文件,由于南京临时政府本身的软弱无力和转瞬结束,而失去了实现的政治上的保证。南京临时政府在历史上只存在了三个多月就被袁世凯扼杀了,革命势力向反动势力作了无可奈何的妥协,终于断送了革命。孙中山先生曾经说过:“辛亥革命曾几何时,已为形势所迫,不得已而与反革命的专制阶级妥协,此种妥协间接与帝国主义相调和,遂为革命第一次失败之根源。”这次革命势力的妥协不是偶然的,它反映了中国民族资产阶级的软弱性、妥协性,也反映了革命内部成分的复杂与松散。辛亥革命初期由于在一定程度上依靠了群众,取得了革命的胜利,推翻了专制腐败的清朝,但又由于脱离了群众而使革命终归失败。

辛亥革命没有改变中国半殖民地半封建的社会性质;没有摧毁封建专制统治的经济基础——封建的土地制度;没有触动军阀官僚机构,仅仅从形式上的专制改变为形式上的“共和”。辛亥革命的失败,使建立资产阶级宪政的希望化作泡影。革命时期喧嚷一时的“责任内阁”、“地方自治”、“权利”、“自由”等等动听的名词都烟消云散,成了继起的封建军阀用以欺人的谎言。毛主席在揭露辛亥革命以后反动军阀制宪的反动实质时说道:“他们的宪政也好,总统也好,都是假东西。像现在的英、法、美等国,所谓宪政,所谓民主政治,实际上都是吃人政治。”

中国近代宪政运动的历史,雄辩地证明了,旧民主主义宪政运动的道路,不适合于中国的国情,因而是被历史否定了的走不通的道路。在旧中国存在着根深蒂固的封建军阀官僚制度,同

时又在帝国主义压迫剥削之下。如果没有一个无产阶级领导的、人民大众的,反帝、反封建的新民主主义革命,就不能实现真正的民主政治。“就是这样,西方资产阶级的文明,资产阶级的民主主义,资产阶级共和国的方案,在中国人民的心目中,一齐破了产。资产阶级的民主主义让位给工人阶级领导的人民民主主义,资产阶级共和国让位给人民共和国”。

现在,新中国第一部宪法草案已经公布了,它肯定了中国人民革命的胜利成果和中华人民共和国建立以来政治上、经济上的新胜利,它以立法的手续确定了在中国要建设伟大的社会主义社会,它将更有力地推动人民的民主与法制的发展。一切爱国的人民对于这个伟大的现实和它的伟大前途,该是感到怎样的欢欣鼓舞啊!

(《光明日报》1954年6月21日)

关于法的阶级性和继承性的意见

关于法的阶级性和继承性的讨论,首起于华东,继而逐渐广泛地展开了,由于这一课题涉及到法学发展和当前立法实践中的一些重大问题,因此,它已经吸引了人们的兴趣和重视。作为从事中国国家与法权历史研究的末学晚进,愿意就这一课题表述一些个人的意见。

从已经发表的文章中可以看出,对于法的阶级性和继承性的关系,乃是争论的焦点,而对于这个问题的理解却又表现出原则的分歧。

一种见解,认为“法是统治阶级的意志”,是“统治阶级公开以武力强制执行的所谓国家意识形态”,因此,在新旧法律(指人民的法律与剥削阶级的法律)之间,根本无继承关系之可言。

另一种见解,认为不仅“新旧法律思想有其密切的内在联系”,即使“新旧法律也有其历史的必然联系”,在同一时代、同一国家的法律体系中,包含着两种或更多种的不同阶级性的法律规范,它们既反映着统治阶级的阶级性,同时也反映着被统治阶级的阶级性,对于这一部分法律规范可以继承来为新社会服务。

非常明显,持有前一种见解的人,没有针对法律发展的复杂的历史过程进行具体的研究和分析,由此而产生了简单的否定,这种简单的否定无益于争论的真正解决。

持有后一种见解的人,则混淆了新旧法之间阶级性质上的根本对立。

据我个人粗鄙的认识,以阶级性作为探讨法律本质的出发点,无疑是正确的。但同时也还应该注意到法律的阶级性并不排斥继承性,关键就在于:

第一,如何科学地理解继承的概念;

第二,如何具体地分析法律发展的历史过程和某些法律规范的特殊性。

为了阐明法律的阶级性与继承性之间的关系,试图作一番简短的历史的考察。

中国大约在公元前一千六百多年便出现了殷商奴隶制国家的法律,这种法律是奴隶主阶级意志的表现,是以原始公社时期的某些合于奴隶主阶级利益的习惯和国王的诏令为其主要的渊源。至春秋战国时期,由于社会性质的激变,引起了法律的质的飞跃,它所代表的主要是新兴地主阶级的意志,在这一时期成文法大量出现,特别是李悝所著法经奠定了我国封建法典的基础。秦继承了法经,改法为律,秦时法律渐趋于统一,至汉则逐渐完备,至隋唐则是中国封建法律发展史上的高峰。唐律总结了前一时代的立法经验,开辟了后一时代立法的先河,一直到1840年鸦片战争以后,中国的社会性质逐渐由封建社会转变成半封建半殖民地的社会,在固有的封建法律当中,渗入了资本主义国家的法律因素,从而打破了依唐律为蓝本的立法传统,而形成了封建性与买办性相混合的法律,其中封建的成分仍然占着较大的比重。

在这一段法律发展的漫长过程中,尽管在不同的社会发展阶段法的性质有着质的不同,譬如,奴隶制的法律、封建制的法律、半封建半殖民地的法律,但就本质说来,则仍不外乎剥削阶级的法律,是维护私有制的工具,从而决定了它们之间的继承关系是一种简单的继承,这种简单的继承不是对前一时代的法律的彻底的否定,而是保留原有的法统。当然,这种继承也并非如

某些同志所说是全盘的接受或是简单的再现,因为统治阶级所赖以生存的社会物质生活条件和阶级构成也是在发展着的,因此后一时代的立法对于前一时代的法律规范依然有所取舍增减,以至形成了每一时代法律的固有特征。例如,明律是以加强对危害君主专制制度的行为的镇压为特征的,清律是以公然确定满、汉民族法律上的不平等为特征的。

过于简单地理解剥削阶级法律传统之间的继承关系,也是不符合历史实际的。但是在剥削阶级法律的传统之间,虽然其具体的阶级内容有所不同,但都是剥削阶级意志的体现,都是服务于镇压与奴役劳动人民,维护剥削阶级赖以生存的社会物质生活条件。因此它们之间的继承是一种同质的继承。

与剥削阶级的法统相对立的,人民革命的法统之间的继承关系,也是一种同质的继承。中国人民在中国共产党领导下,继承了太平天国以来的不完全的革命的法统,特别是在1927年以后的革命斗争中,更建立起完全的人民革命的法统。中华人民共和国建国以来,许多重要的立法,譬如,刑事立法、婚姻立法、土地立法、劳动立法等,都是直接渊源于十年内战时期以来的立法传统,并结合具体的历史情况予以新的充实和发展。

然而在剥削阶级的法律与人民的法律之间,基于其阶级性质的根本对立,是否也存在着继承关系呢?在回答这个问题之前,首先须要弄清下列前提,即剥削阶级的法律与人民的法律之间决没有什么直接的蝉联交代,决不是简单的延续和发展。人民的法律是在与剥削阶级的法律作斗争中产生的,是凭借革命的暴力,彻底粉碎剥削阶级的法律制度,废除其法统之后,得到发展的。人民法律的发展,是以现实的社会物质生活条件为依据,以人民的利益为准绳,而不是像某些人所说的“以旧法为起点”。

在阐明这个前提之后,对前面的问题可以作出如下回答:即

便是剥削阶级的法律,仍然可以批判地继承。

目前对于继承的理解,还没有得到统一,或者认为继承含有广义、狭义之分,广义的继承即全盘的继承,狭义的继承即有选择的继承;或者认为继承的内涵即能否接受的意思,参考借鉴都是继承。应该说,继承体现着否定之否定的规律,否认法的继承性的缺陷就在于:

第一,只看到了第一个否定,即对旧法的否定,而没有看到第二个否定,即对旧法的批判的吸收。否定本身不是简单地说个“没有”或一个“不”字,其中已经包含了继承的含义。第二个否定是为第一个否定导引出来的,只是在特殊的情况下,第二个否定才成为不可能,这种特殊的情况在法的继承性中也是存在的,例如,对于国民党反动政府颁布的所谓“戡乱时期紧急治罪办法”、“危害民国紧急治罪法”一类的法西斯法令,是谈不到第二个否定的。

第二,将法律现象与社会生活发展的辩证过程分离起来,似乎法律现象的发展不具备否定之否定的规律,只具有个性,不具有共性。

尽管法律的继承性确有它的特殊的个性,但这是属于怎样继承和继承什么的问题,而不是有无继承的问题。作为社会发展的一般规律——否定之否定的规律,仍然适用于法律现象的发展。

然而旧法当中是否具有可以为我们所继承的因素呢?我以为应该是肯定的。

尽管旧法从总的意义上说来,都是维护反动统治阶级私有财产权、镇压与剥削广大人民的工具,但其中仍然具有可以为我们的批判吸取的因素。

首先,旧法的阶级性与科学性,并非在任何历史发展阶段都绝对的冲突和绝对的排除。春秋战国时代新兴地主阶级的思想

代言人——法家,反对贵族领主的特权,要求社会经济和政治的统一,主张废除氏族社会的积习等等,都是与社会的发展相一致的,因而起着一定的历史进步作用。法家与儒家“礼有差等”的主张直接对立,法家主张“齐”,“齐”的内涵带有要求法律的平等色彩(这种平等仅限于新兴地主阶级与贵族领主的平等)。

至于近代资产阶级在形成为统治阶级的初期,认识客观真理的程度大大超过了封建时代的新兴地主阶级。资产阶级创造的法制原则、陪审制度、代议制度、辩护制度、普选制度等,无疑是历史上的功绩。这些确凿的历史事实,说明了阶级性不是在任何时候绝对的排除科学性,但是由于剥削阶级的利益与社会的利益根本冲突,不仅大大限制了他们认识客观真理的程度,即使已经被认识到的或已经被法律明文规定了的东西,在实践中也常常是化作泡影。资产阶级所谓的法制原则和普选制度始终是一句空话,然而这句空话却给无产阶级提供了历史的经验,使得无产阶级有可能批判地继承并将其改造,成为无产阶级管理社会、管理国家的工具。

其次,法律是阶级社会阶级矛盾不可调和的产物,是现实中阶级力量对比关系的反映。反动统治阶级为了敷衍其根本的敌人——劳动人民,缓和反对它的阶级斗争,借以维护其基本的阶级利益起见,于加强镇压之外,也进行政治上的欺骗,因而在反动统治阶级法律中也出现过一些符合劳动人民利益的规定,这些规定虽然负担的使命和整个统治阶级的法律是共同的。但对于统治阶级在法律上所作的某些有限度的让步,我们是可以经过斗争使其成为现实。

但这决不同于某些先生所说的:旧法当中也反映着被统治阶级的意志。假定剥削阶级的法律中也反映着被剥削阶级的意志,那么法律也就无所谓统治阶级的意志而成为社会的意志了。这种否认法律体现为唯一的统治阶级的意志的论断,恰恰是阉

割了法律的阶级性,否认了阶级斗争的作用。

再次,在任何社会,任何国家的法,都是人们之间具有约束力的一定行为规则的总和,都是由多种多样的法律规范所构成的。法律规范是调整阶级社会中人们行为规则的一种,它的特点就在于它是经国家制定或认可的,并且是以国家的强制力为后盾的一种行为规则。对于剥削阶级国家所制定或认可的法律规范是否可以继承,需要对于它所调整的人们行为规则作一番具体的分析,有许多人们之间的行为规则有它历史的因袭性,而决不属于某一特定的社会。

对于那些调整在各个社会都不可缺少的一些行为规则的法律规范,也是可以批判地继承的。

最后,中国的剥削阶级对于劳动人民的统治,已经有了两千多年的历史,积累了丰富的统治经验,有些经验被统治阶级用法律的形式固定下来,成为法律的重要组成部分。譬如,在中国封建的法典中,既规定了对于农民反抗的严厉惩治,同时也规定了对于某些犯罪的轻刑慎罚。汉高祖初入关时废除秦苛法,只订约法三章,杀人者死,伤人及盗抵罪。唐初也特别重视宽减刑罚。其原因大多是在农民运动之后,为了瓦解农民运动,而采取的收拾人心手段。反动统治阶级在一定程度上也懂得“民为邦本”、“得民者昌、失民则亡”的道理。这种既要以严刑惩治农民反抗,又佯示宽大以收拾人心,正是历代反动统治者重要的统治经验,这个经验在旧法当中有着明显的反映。此外,旧法中确定的关于调整统治阶级内部的、调整国家机关之间的,以及调整被统治阶级与统治阶级之间的若干经验,应该批判地继承改造消化,成为有利于人民统治的东西,这里正体现着“革命的专政是从反革命的专政中学来的”,及“以其人之道还治其人之身”的规律。

综括前述,我认为旧法当中具备着可以被继承、被改造的因