

中国

张善恭 ● 编著

立法史论

上海三联书店

9

中国立法史论

张善恭 著

上海三联书店

(沪)新登字 117 号

责任编辑 蒋安立

封面设计 桑吉芳

中国立法史论

张善恭 著

生活·读书·新知·
三联书店上海分店出版
上海绍兴路 5 号

新华书店上海发行所发行
上海市印刷四厂印刷
1994 年 8 月第 1 版
1994 年 8 月第 1 次印刷
开本: 787×1092 1/32
印张: 4.625 插页: 1 字数: 113000
印数: 1—4000

ISBN 7-5426-0833-9/D·29

定价: 7.00 元

序 言

中国人向来有崇尚和爱好自己民族历史的传统,认为古往是今来的很好借鉴。所以自先秦以来就非常重视历史资料的整理、保存和研究,二十四史就是各代人共同努力的结晶。中国二十四史全面记载了历代典章制度的制定和变化,以及政治、经济、法律、文化、人口、地域的各种历史变迁,为研究各种专业历史提供了系统的、详细的资料;同样也为研究中国立法史提供了用以认识历史上各个朝代的立法制度、立法政策、立法思想等资料,应该说,这对当前为创建有中国特色的社会主义法制、从事立法研究,都有一定的借鉴作用。

中国古代的成文立法至少在春秋末期就已被社会所重视,郑国的子产和晋国叔向就为要不要成文立法问题进行过一次著名的争论,就连孔夫子也卷进了这场争论了。战国时期各国都先后颁布了成文立法,自秦统一法制后,每个朝代都把修律、颁律作为开国的一件大事隆重进行。固然,古代还没有单独的立法学,但对立法政策、立法思想以及立法技术上的研究,例如对法律条文的繁与简、文字、概念含义的精确度等,在历代的一些政论著作中都有不少精辟论述,给今人留下许多有益的启发。先秦有《尚书》、《论语》、《商君书》、《韩非子》等政论书,有儒、法、道诸家的有关政治法律学说,汉代以来更有一

批儒生从事对立法的专门研究，他们通过对“圣人”制令的阐述和发挥，对传统法律条文的解释等方法，逐渐形成了以《律学》著称的关于立法和法律解释的学问。魏晋是历史上法学人才辈出，律学成就最丰富的时期，魏晋律因此得到“蠲其苛秽、存其清约，事从中典，归于益时”的评价（《晋书·刑法志》）。自魏开始，律学被定为“官学”，朝廷专门设有“律博士”一个官职，对分散的律令法规进行分类整理和立法研究。晋代律学家张斐和杜预的著作中，对立法目的、作用以及对法律条文用语、概念的界定论证，有很多精辟之论，常为后来的法律学者视为立法圭臬而引用。他们的成就，为后来《唐律》的制订在学理上和立法技术上奠定了基础。当然，封建时期的立法是君主专制主义的政治体制内进行的，君主是最高的唯一的立法者，一切形式的立法都要由君主钦定发布，参与立法的臣工只能阐发圣人意旨而不能非议，这是社会制度所决定的，但由此产生的许多弊病，也正可为后世法制工作者作为反面教训以为殷鉴。

中国近代社会是个变形发展的社会，与其它社会问题一样，立法、司法和法理建设都处在经常变动的状态。当十九世纪西方法学中已出现“立法学”的专门学科之后，受其影响，中国当时一些致力于改革旧法制的先进人物也曾阐述过有立法问题的新见解，如洪仁玕的《立法制喧谕》、康有为的《请定立宪开国会折》梁启超的《箴立法家》和《论立法权》等论著，但也都是属于时代潮流的政论而已，没有也不曾设想过要建立一门立法学。应该说，这种状况至今在法学领域中改变的步伐仍不大。这也说明在当今社会改革开放的新形势下，加强立法研究既有迫切性也是一项多么艰巨的工作！善恭同志现在是华

东政法学院立法研究所所长,以往较多的是从事法学理论的教学和研究,近年来有鉴于立法研究的重要性,他首先在政法学院开设了《立法学》的课程,同时为了打好立法学的基础,又给有关研究生开设了《中国立法史》课题,本书就是他在讲课基础上扼要写成的著作。凡事开头难,立法史是一门新学科,中国法制史有长达四千多年的历史,历代卷籍浩瀚,要从立法学上理出一个系统,进行研究,也是很不容易的大事,善恭同志的本著把几千年的立法史分成若干发展阶段,并且归纳出每个阶段的特点,资料翔实,持论公允,显示了作者扎实的学术功力。在付梓前,他叫我为本书写个序,我是从事中国法制史教学研究的,立法史和法制史既有不同对象又很相近,所以也欣然接受了,并借此从宏观上谈了些在本著中都已涉及的论点。我赞扬他的筚路蓝缕精神,为创立新学科付出的艰辛劳动,同时也祝贺本书的出版,并希望今后会有更多的学者进入立法学有关问题的研究领域,是以为序。

王召棠^①

1994年8月

^① 王召棠,华东政法学院教授、中国法律史学会副会长,是作者的师长。

目 录

第一章 立法的缘起.....	1
一、立法缘起的经济根源	2
二、立法缘起的阶级根源	2
三、立法缘起的规范基础	3
四、立法缘起的过程	6
第二章 夏、商立法概况	8
一、立法指导思想	8
二、立法概况	9
三、夏、商立法的形式特点	11
第三章 西周的立法概况	13
一、立法指导思想.....	13
二、立法活动及其成就.....	16
三、中国奴隶社会立法的特点.....	19
第四章 春秋战国立法概况	22
一、立法指导思想.....	22
二、春秋时期立法活动及成就.....	25

三、战国时期立法活动及成就·····	29
四、春秋战国立法的特点·····	31
第五章 秦朝立法概况·····	34
一、立法指导思想·····	35
二、立法活动及成就·····	36
三、立法特点·····	39
第六章 汉唐间立法概况·····	42
一、立法指导思想·····	42
二、立法活动及成就·····	47
三、法律形式的演变·····	55
四、立法特点·····	56
第七章 宋元明清立法概况·····	64
一、立法指导思想·····	64
二、立法活动及成就·····	67
三、法律形式的演变·····	76
四、立法特点·····	77
第八章 中国封建社会关于一些具体立法问题的争论·····	86
一、关于肉刑存废的争论·····	86
二、关于血亲复仇与私和的争论·····	89
三、关于株连与容隐的争论·····	91
四、关于赦罪问题的争论·····	92
第九章 中国近代立法概况·····	95
一、立法思想·····	97
二、“六法”的制定及其主要内容·····	104
三、立法特点·····	137

第一章 立法的缘起

纵观人类发展的漫长历史,我们不难发现:社会中每个成员的行为必然受到一定的制约,必然被尽量调整到适合于社会生活优化组合的需要。这种对于社会成员行为调整的方式,是从个别的调整演变到一般调整而形成行为规范,进而形成社会的行为规范的体系。而这种行为规范最初的时候并不是法律性的规范。事实上,我们人类在非法律性的原始社会的习俗的调整下至少生活了几百万年。但是,当社会生活发展到一定的阶段,在一定的历史条件下,这种对社会成员行为的非法律性调整又必然演进而产生法律规范的调整方式,而当社会发展到了一个更高的阶段,在社会的行为规范体系中,这种法律规范的特殊性质又将逐步消失,这种否定之否定的轨迹,揭示了这样的结论:行为规范是与人类的社会生活始终共存共亡的,但法律规范的调整方式却只是历史地和人类社会某个发展阶段相联系。

有的学者认为:法从一般的意义角度考察如同行为规范,所以法包括了原始习俗,只是可以分为原始社会的法和文明社会的法。从而从根本性质方面混淆了两者的区别。

有的学者认为：立法活动只是从近代才开始的，理由是在古代并没有普遍设置专门的立法机关，这种观点又似乎对于立法权行使的方式和法的渊源过于计较。本书认为，法是一种规范，但最早的规范并不是法，法的起源和立法的缘起都有其深刻的社会原因，并经历了从无到有的产生的过程。

一、立法缘起的经济根源

原始社会后期，随着生产工具的改进，特别是金属工具的采用，劳动生产率有了较大的提高，劳动生产的产品除了维持劳动力的需要之外，开始有了相对固定的剩余，这就为私有制的产生创造了必要的条件。随着生产的发展，社会分工进一步发展，就出现了经常性的交换行为、商品和货币。社会分工和交换的发展进一步促使了原始社会的解体，使社会产生了穷与富、债权人和债务人的差别，以及富人凭借掌握的生产资料、债权而对穷人、债务人的剥削和奴役。社会的大分工同时也造成了社会的大分裂，大规模的奴隶劳动的出现和私有制的发展，使社会成员也开始按其对于生产资料占有的有、无、多、寡的不同状态而分化成享有不同权利的不同的阶级和等级。此时经济上居于优势地位的阶级必然期望产生一种新的社会规范来维护他们的特殊利益。于是原有的习俗开始渗入了阶级利益对立的内容而演变成为最早的法律规范，这就是法的产生，立法缘起的根本原因。

二、立法缘起的阶级根源

随着私有制的产生和发展，社会日益分裂为彼此对立的利益集团——阶级，以血缘为纽带的氏族组织也被以地域为

界限的国家组织所取代。这就使原来反映全体氏族成员意志和利益的氏族习惯无法调整日益对立的阶级关系,和由此产生的不可调和的阶级矛盾。新兴的奴隶主阶级为了维护私有制,镇压奴隶阶级的反抗,巩固自己的统治地位,不仅需要国家这样具有似乎凌驾于社会之上特点的、拥有特殊公共权力的社会组织,而且也迫切需要根据本阶级的意志而形成新的社会规范。这样便促使原有习俗演变为具有新的法律性质的习惯法,成为最初立法活动的特殊需要和特点。所以,阶级矛盾的不可调和是立法缘起的直接原因。

三、立法缘起的规范基础

如果说把原始习俗看成是最早的法律规范,这是混淆了两种性质和作用完全不同的社会规范;那么,看不到原始习俗这种非法律性的社会规范正是法律规范缘起的规范基础同样也是错误的。

(一)人类的社会生活必然同时产生社会的行为规范

社会是人的社会,因为社会是由人和自然界构成的。但人又是社会的人,因为任何人都不能脱离社会而独立生存。个人只有在一定的社会关系的网络中才能成为社会群体中的“角色”而发挥出应有的作用。即使是那些直接表现为个人生活的目的或理想,也是受社会现有物质生活条件制约社会实践的产物,而且也只有当个人的目的、理想融合于社会的、群体的目标之中,并参与实现这种社会目标的过程中才能得以实现,所以人又归根到底是社会的人。

“人不能生而无欲”,要生存就得有所作为。而且人们一般都希望自己能顺利地实现自己的欲望,但事实上任何人决不

可能脱离他所处的时代、不受历史的、社会的乃至个人条件的制约而“为所欲为”。在这个意义上说,人的行为的可能性是“有限”的,而决不是“无限”的。这种行为自由的可能范围,就是行为的可行界限。这种行为的可行界限是通过社会调整来实现的。

行为的社会调整经历了从个别调整到一般调整、以及个别调整和一般调整相结合发展的过程。

个别调整是人们为了实现既定目标而对特定的人或事所采取的一种行为对策。毫无疑问,这种调整具有明显的偶然性、任意性和低效率性等特征。然而,正由于它是一种针对具体情况进行具体分析而作出具体处理的手段,因而,它又是常见的和必不可少的。个别调整的针对性不仅是一般调整的重要补充,而且是一般调整的客观依据和必经阶段。

所谓一般调整又称规范调整。它是一种在相同条件下反复适用、普遍适用的一种较高级的行为调整方法。一般调整相对个别调整而言,有着显著的长处,首先它是在比较、总结不断重复出现的个别调整的基础上概括和择优而成的,因此较少盲目性,是一种“最佳行为对策”。更重要的是一般调整能通过提供普遍适用、统一的行为模式而达到“范天下之不一而归一”的目的,因此它更有利于保障相对稳定的秩序。当然,一般调整也存在着对特定的、具体的、偶发的情况缺乏灵活性和针对性的缺陷。

社会调整方式中的个别调整和一般调整的关系是辩证的。它们因有各自的特点而相互区别,又因各有长处而互相补充。行为的社会调整方式在发展过程中所呈现的规律性表现,在任何社会形态中都概莫能外。当然,社会越发展,个别调整

向一般调整演进的速度就越快，一般调整在社会调整中的比重和作用就越大。

所谓行为规范，也就是行为的一般调整准则，它为社会成员的行为提供最一般的标准、尺度，划定了相对稳定又普遍适用的行为可行界限。

人类最初的行为规范仅仅是原始社会的风俗习惯。随着社会不断的进化，社会生产和生活结构的多方面、多层次性决定了人们行为的多向性和可变性。这种必然的、不可更改的状况，导致了行为规范在其历史演进的过程中，不仅由综合向分化成多元性方向演变，而且在分化中组合成相对独立的系统。在这个包罗万象、极其庞大的社会行为规范体系中，社会规范（调整人与人之间的行为）、技术规范（调整人与自然的行为）是第一层次的分支系统；统属于社会规范系统的政治规范、法律规范、道德规范、宗教规范、组织规章、乡规民约等等是第二层次的分支系统；这些种类相异的规范系统又各自包含着许多相对独立的多层次结构。从客观上讲，所有种类的行为规范之间是动态的、开放的和协调的，它们都在行为的社会调整中发挥着必不可少的重要作用。

必须指出，任何行为规范，从相对静止的状态上分析，都具有规范性、概括性、可预测性和结构逻辑性等特点，而适度性、系统性、相对稳定性和历史合理性等则是行为规范在其发展、运行中所呈现的动态特征。

（二）原始习俗对立法缘起的作用及其研究价值

大量的历史资料表明，在漫长的人类社会的早期阶段，即在原始社会的机体中，人所固有的生物本能已受到群体、社会的制约，而被调整到尽量接近于可行的范围，然而，当时的规

范调整是通过氏族习俗得以实现的。正如恩格斯所说的：“……在大多数情况下，历来的习俗就把一切都调整好了”。史料所记载的对饮食本能从动物性的优势分配发展到原始集体成员的酌量分配，对性爱本能的同族禁婚、狩猎期严禁性生活等种种限制和规定就是最基本的规范调整。必须指出，原始习俗对于社会成员行为的调整毕竟是人类对于自身外部行为进行自觉调整的开端，是人类在超越动物性的历史进程中非常了不起的胜利。

对立法学研究更具有价值的是：这些原始习俗正是立法缘起的规范基础，因为这些原始的行为规范已内含着法律规范的框架构成的基本要件。例如，即使是原始习俗，只要它作为一种行为规范，就必然有行为标准和后果预示两大部分，必然是一种普遍适用的准则，而且有一定的强制性，这就使原始社会的行为规范演进为习惯法，提供了可以作为基本载体的基础。

四、立法缘起的过程

史料证实，世界史上最早产生的法都是习惯法。成文法只不过是习惯法的记载、汇编和经过长期发展的结果。然而，习惯法终究已不是自发形成、世代相传的习惯，由习俗到法律，这中间必须有统治阶级的人的活动的参与和认可。没有统治阶级的人的作用和活动，习俗演变为习惯法将是不可能的。在习俗演变为习惯法的过程中，统治阶级的人所起的作用和所作出的行为，就是最初的立法活动，就是立法的缘起。

自然，最初的立法活动并不是任何人的任意作为，而仅仅是占有经济、政治统治权力的阶级凭借国家权力，使本阶级的

意志获得法律规范的表现形式的过程。

直接创制新的法律规范在最初的立法活动中并不多见，而往往从认可对统治阶级有利的原始习俗，或对原有的习俗作更有利于统治阶级的解释这样一种间接立法的方式开始，以后才逐步发展为直接立法。

第二章 夏、商立法概况

我国的奴隶社会及奴隶制国家的建立始于夏朝(公元前21世纪),在此之前是氏族社会以及氏族社会到奴隶社会的过渡时期。相传,到了夏禹,破除“帝位”的“禅让”传统,不把帝位传给贤人而传给了儿子启,“天下为公”从此转变为“天下为家”,这也标志着奴隶制国家的形成。

国家和法都是人类社会在一定历史阶段的产物。我国的原始社会到了后期生产力有了很大的发展,剩余产品的出现使剥削、占有他人的劳动成为可能,成为一种需要,于是一些氏族贵族利用“公职”多占财富,利用战争掠夺战俘为奴隶,夏禹就是这样一种拥有大量财富和奴隶的奴隶主新贵。所以,变“天下为公”为“天下为家”正是这样深刻的社会经济动因造成的阶级对立矛盾不可调和的必然产物和表现。夏朝的建立,也使我国开始出现了相关的立法活动。

一、立法指导思想

奴隶制度是古代世界第一个公开的残酷的剥削制度,它把政治强制和经济剥削直接结合起来,奴隶主不但占有生产资料,而且占有奴隶的人身,所以阶级矛盾尖锐,对立和斗争

十分激烈。

奴隶主阶级借助国家权力,要把基于本阶级根本和长远利益基础上所形成的共同意志奉为法律,根本的出发点还在于维护自己的政治和经济统治,建立和维护对奴隶主阶级有利的社会关系和社会秩序。所以立法指导思想表现在如下几个方面

(一)严格保护奴隶主阶级对于生产资料和奴隶的占有制度

奴隶主阶级对生产资料和奴隶人身的完全占有,是奴隶主阶级的根本利益所在,是奴隶主国家处事的出发点和归宿。

(二)竭力确认并维护奴隶主帝王的无限专权

国王世袭,享有至高无上的地位和权力,王命就是法律,包括诰、誓、训、典等多种形式。

(三)宣扬“君权神授”借助神权维护王权

借助于神权,宣扬君主的无限权力来源于神,法律是神意的体现或授权于君主制定的,服从王命等于服从神命,违抗王命就等于违抗神命。王不但可以替天立法,还可以代天行罚。

(四)刑罚严酷

残酷的剥削必然导致强烈的反抗,所以夏、商的奴隶主国家,为了镇压奴隶的反抗维护自己的统治,刑罚都非常严酷,带有公开、残暴和威吓的性质,炮烙、剖心等酷刑的滥用史不绝书。

二、立法概况

奴隶主阶级除了必须有国家这样的统治工具之外,也需要借助国家权力制定法律。夏、商的立法,由于历史久远,史