

张晋藩 著

薪火集

——中国法制史学通论

『名师讲义』丛书



MINGSHI JIANGYI
CONGSHU



鹭江出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

薪火集：中国法制史学通论 / 张晋藩著. —厦门：鹭江出版社，2003. 11

(名师讲义丛书)

ISBN 7-80671-229-1

I. 薪... II. 张... III. 法制史—中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 093494 号

“名师讲义”丛书

薪 火 集

——中国法制史学通论

张晋藩 著

*

鹭江出版社出版、发行

(厦门市湖明路 22 号 邮编:361004)

福建新华印刷厂印刷

(福州市福新中路 42 号 邮编:350011)

开本 890×1240 1/32 15.125 印张 3 插页 388 千字

2003 年 11 月第 1 版

2003 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 7-80671-229-1
D·3 定价:27.20 元

如有发现印装质量问题请寄承印厂调换



● 作者简介

作者近影

张晋藩，沈阳市人，1930年出生，中国政法大学教授、博士生导师，最高人民检察院咨询委员会委员，中国教育家协会名誉会长，中国法律史学会专业顾问。著有《中国法制史》第一卷、《中国法律史论》、《中国古代法律制度》、《中国法律的传统与近代转型》、《清代民法综论》、《中国法制通史》、《中国政治制度史》等数十部专著、教材等，并发表法律史学论文百余篇。1991年，以对社会科学事业的突出贡献，获颁国家特殊贡献津贴。

前言

这东集子是我从二十世纪八十年代以来，为硕士、博士生讲课的讲稿基础上整理而成的。取名“薪火”，意在薪火相传。由于时间跨越了二十余年，就观点结论而言，虽然一贯，然而在分析上则显得有深浅的不同。但作为一份历史性的记录，除个别文字稍加改动外，基本保持原貌。敬请读者批评指正。

张其成

2003.7.5.

前 言

这本集子是我从 20 世纪 80 年代以来，为硕士、博士生讲课的讲稿基础上整理而成的。取名“薪火”，意在薪火相传。由于时间跨跃了 20 余年，就观点结论而言，虽然一贯，然而在分析上则显得有深浅的不同。但作为一份历史性的记录，除个别文字稍加改动外，基本保持原貌。敬请读者批评指正。

张晋藩

2003 年 7 月 5 日

目 录

第一讲	中华法系综论·····	(1)
第二讲	中国古代的法律体系与法典体例·····	(25)
第三讲	中国法制历史发展概论·····	(33)
第四讲	中国法制史学 40 年 (1949—1989 年) ·····	(50)
第五讲	研究中国法律传统的基本认识·····	(74)
第六讲	中国古代文官制度综论·····	(77)
第七讲	中国古代的行政管理与行政法·····	(98)
第八讲	中国古代民事诉讼制度通论·····	(125)
第九讲	中国古代民法研究中的几个问题·····	(139)
第十讲	中国封建审判制度的特点·····	(159)
第十一讲	清朝法制史概论·····	(180)
第十二讲	谈谈中国法制历史经验的借鉴问题·····	(200)
第十三讲	中华法制文明的世界地位与近代化的几个问题 ·····	(225)
第十四讲	中国传统法观念的转变与晚清修律·····	(240)
第十五讲	从崎岖走向辉煌的中国法制 50 年 ·····	(262)
第十六讲	依法治国：一个世纪的追求·····	(270)

◆ 薪火集

第十七讲	开展中外法制历史比较研究的一点想法·····	(276)
第十八讲	中国古代法律文化中的民主性因素·····	(303)
第十九讲	法治与法学·····	(315)
第二十讲	中国古代法律文化论纲·····	(336)
第二十一讲	独树一帜的中华法文化·····	(350)
第二十二讲	论礼·····	(363)
第二十三讲	中国近代法制文明导论·····	(390)
第二十四讲	富国强兵之路的可贵探索 ——冯桂芬《校邠庐抗议》读后·····	(398)
第二十五讲	清代律学及其转型·····	(412)
第二十六讲	沈家本的法律思想·····	(450)

第一讲 中华法系综论

一、法系的划分是近代比较法学的成果之一

比较法学是 19 世纪以来适应西方资本主义国家经济的发展、国际贸易的扩大以及世界市场的开拓而逐渐形成的。比较法学的任务就是对各国的法律进行比较研究，揭示它们之间的共同性和特殊性，以便于理解、适应与运用，以服务于资本主义国家经济利益的需要。

比较法制史学者们对于存在于不同国家和地区的法律，按照其本身所具有的内容、渊源、特点和其影响的范围加以分类，区别出不同的法律系统，这就是所谓的法系。法国比较法学家勒内·达维德说：“正如神学家或政治学家承认宗教或政体类型一样，比较法学家也可以将法律简化为少数几个系。”^① 区分不同法系的目的，在于对世界各国法的比较研究、理解和介绍，以便各取所长，互相借鉴。因此它是近代比较法学的重要成果之一。

由于法系的划分缺乏统一的标准，因而美国学者威克摩尔划分为十六法系，英国学者泰尔划分为七大法系，日本学者穗积陈重划分为五大法系。近年来达维德将当代世界法系分为三大法系：罗马—德意志法系、英国法系和社会主义法系。由于在同一法系内，不同的国家的法律的地位与影响不同而有母法系和子法系之分。同时

^① 达维德·布赖尔利著：《当代世界主要法律制度》，1978 年，第 17 页。

有些法系已经成为历史的陈迹，或者虽保留其形式，实际已经失去特色而融入其他法系，而有活法系与死法系之别。虽然法系的划分，是以世界上存在的法的外部联系为根据，没有涉及法的本质及其发展的规律性，但由于它可以概括地标志出某些国家和地区的法律特色、归宿与源流，有助于相互之间的比较、借鉴与吸收，所以至今法系的概念仍然被沿用。

二、中华法系的地位与起讫年代

在世界法系的划分中，中华法系始终被世界公认为特点鲜明、独树一帜的法系。从资产阶级关于法系的概念以及实际的划分中可以看出，凡是构成一个独立的法律系统，不仅要具备自身的特点，而且还需要得到一些国家或地区的承认和接受。仅仅是具备着特征，但无其他国家或地区采用，是不能形成一种系统的。作为中华法系基本特点的礼与刑的渗透、家族本位的伦理法原则、天人交通等等，它的萌芽可以远溯到夏商时期，以夏商为起点的中华法系经历了漫长的发展过程，至唐代已经达到形成的阶段，不仅固有的特点已经臻于成熟，而且它的影响也及于周边国家和地区。日本、高丽、安南、琉球都积极引进唐律，以唐律的精神、原则、内容作为立法的基本依据，从而纳入中华法系的系统中。直到明代，《大明律》依然成为日本、朝鲜立法的蓝本，维持着中华法系的稳定地位。

1840年鸦片战争以后，中国的社会和国家地位都发生了巨大的变化。闭关锁国的政策被西方侵略者的坚船利炮轰击得七零八落，西方的近代法文化也向中国传统的法文化进行了尖锐的挑战。过去只是纵向传承的中国法文化，被迫与西方的法文化发生了横向的碰撞，逐渐由排斥转向了吸纳，西法成了一些官僚士大夫心目中的救世良方。

至 20 世纪初期，随着封建社会的解体，中华法系已经丧失了独立存在的基础。清末政府变法修律，经过广泛吸纳大陆法系的体系、原则和内容，中华法系终于解体，丧失了独立的地位。但是构成中华法系特点的某些民主性因素，如民本主义，重视人命，道德与法律的和谐统一，礼乐政刑的综合为治，以法治吏等等依然受到法学家的重视和总结。这就为重塑新时代的中华法系提供了重要的基础。否则重塑中华法系岂不成了无源之水，无本之木。

三、有关中华法系的讨论

1902 年沈家本在主持修订法律期间以“参考古今，博稽中外”，“汇通中西”为指导方针，力求所立之法得到西方的认可，开始运用西方的法理与部门法的原则、内容，批判地审视中国传统的法律，可以说是中国近代比较法研究的开端。

1935 年中华民国法学会成立，出版了法学杂志，广泛介绍了西方的法学与法律，从而进一步开阔了人们的思路，使得从比较法的角度探讨中华法系的特点成为可能。在 20 世纪 30 年代至 40 年代，王世杰、程树德、陈顾远、丁元普、杨鸿烈等人纷纷发表论著。陈顾远从儒家法学、家族制度、天道观念三个方面揭示了与中国固有法系的关系，展现了中华法系的基本特征。杨鸿烈在所著的《中国法律在东亚诸国之影响》一书中具体阐述了中国法系的内容、范围及其对朝鲜、日本、琉球、安南的影响，是带有总结性的传世之作。在讨论中学者们认为法系起源于唐虞时代，经过漫长的发展和中衰的过程，至清末的变法修律又揭开了“中华法系复兴”的一页。他们对中华法系的评价是很高的，认为“吾中华法系精神之表现，亦即中华民族精神之表现也”；中华法系“在世界法系中，本其卓尔不群之精神，独树一帜”。他们用较大的篇幅论证了中华法系的特点，他们在当时探讨中华法系的目的，是为了“建立中国本

位新法系……俾数千年来之中国法系，赖有新的改进，而续其命运”。特别是处在日本帝国主义侵略所造成的民族危机的紧要关头，强调“中华民族之复兴，与中华法系之复兴，实为一贯而不可分”。这种把民族复兴寄托在法系复兴之上，是脱离实际的，无益于动员广大群众参加抗日的伟大斗争，因而不了了之，只是为后来研究中华法系提供了若干学术资料。

新中国成立以后，在左的思潮影响下，认为比较法学是资产阶级形式主义的研究方法，至于法系既不能揭示不同类型法律的实质，只是形式上的归类，因而也是资产阶级的学术范畴，属于批判的对象，以致造成了中华法系研究的中断。直到打倒四人帮以后法学界进行艰苦的拨乱反正，才将中华法系的研究重新提到学术论坛。厦门大学陈朝璧先生和我最先在《法学研究》发表文章揭开了中华法系讨论的序幕。其后郝铁川、张建国等同志也相继有论著问世，使得中华法系的研究正处在方兴未艾的局面。

四、中华法系的基本特点

80年代初，我发表了《中华法系特点探源》一文，将中华法系的基本特点概述如下：

（一）皇权至上的专制主义法系

无论中国奴隶制还是封建制政权，都采取专制主义政体。君主的意志是法律的基本渊源。君主发布的诏、令、诰、谕、敕是具有最高效力的法律形式，也是指挥国家活动和司法实际的最有权威的根据。随着专制主义中央集权的政体沿着螺旋上升的轨迹，不断地强化，皇帝不仅拥有超越于法律之上的一切权力，甚至整个国家都被看作他个人的私产。作为国家意志的法律也是以皇帝个人的名义发布的，即所谓“钦定”。皇帝又是国家的最高的审级，握有一切

大狱的最后决定权。在漫长的历史发展中，皇权一直沿着螺旋上升的轨迹不断强化。而西欧封建制国家在相当长的时期内，君主和诸侯之间并无严格的上下级划分，君主被看作是同辈诸侯之首。不仅如此，由于罗马教会占有很大势力，世俗君主的权力要受到教皇的约束和侵夺。即使是在等级代表君主制时期，君主的权力仍然要受到等级代表机关的限制而不是绝对的，只是到了封建专制时期，法国国王路易十四才提出“朕即国家”的口号，但这已经是资产阶级革命的前夜，不久封建专制制度即趋于崩溃。可见，无论从封建君主制统治的时间和程度以及法律对君权的全面的确认来看，任何一国都逊于中国。因此中华法系是皇权至上的专制主义法系。

在专制主义法系内，司法权受行政权力的干涉。明清时期执行的三法司会审和九卿会审，名为慎刑，实际上是使行政机关对司法的全面干涉制度化。尤其是地方司法机关在组织上和行政机关是统一的，地方行政建制亦即司法审级。明、清两朝专制主义中央集权的发展，使得地方司法机关的职权也不不断地被侵削。譬如，省虽设司法机关按察使，但须受督抚节制，而且只有权处理徒罪以下案件，徒罪以上案件必须呈报刑部。由于地方司法机关与行政机关直接结合，司法机关逐渐变成了行政机关的附庸，从而为行政长官借诉讼而滥用权力提供了方便。

然而在西欧封建国家统治时期，立法权和司法权并不是始终操于君主之手，相反诸侯也拥有与其权力相适应的独立的立法权和司法权。路易十四仅仅是在西欧封建专制的短暂时期才提出了“法律出于我”的主张，作为加强封建专制王权的舆论。

（二）儒家学说对法律有着深刻的影响

如果说以《古兰经》为主要法典的阿拉伯法系带有浓厚的宗教色彩，那么中华法系则表现为儒家学说对法律的深刻影响。

以孔孟之学为渊藪的儒家学派，至汉武帝时期，由于实行“罢

黜百家，独尊儒术”的政策而跃居社会的统治地位，成了近两千年封建法律的理论基础和指导思想。儒家学说对封建法律影响的主要表现是：

第一，儒家奉行的三纲——“君为臣纲，父为子纲，夫为妻纲”是封建法律的指导思想和理论基础，并通过法律的形式确认君权、父权、夫权的不可侵犯，违者定以重罪，治以严刑。

第二，贯穿“德主刑辅”、“明刑弼教”的精神。在以“德”、“刑”作为维护统治的“二柄”的同时，更强调德的教化作用。孔子说：“道之以政，齐之以刑，民免而无耻。道之以德，齐之以礼，有耻且格。”^① 西汉董仲舒更以阴阳四时的自然现象来论证大德小刑。东汉时的孔孟之徒大都鼓吹“德刑并用，常典也”。^② 经过汉儒的充分的论证，德刑的作用、适用的范围、相互的关系更为明确。汉以后统治者都以“德主刑辅”、“明刑弼教”为指导立法、司法的既定政策。

由于儒家倡导的德是以伦理道德为内涵的，所以以德为主的目的在于，“严上下之别”，“明尊卑之义”，全面禁锢人们的思想和行动。儒家所提倡的伦理道德观念，对于封建法律的影响，不仅强烈，而且深远。

第三，通过春秋决狱使儒家经典法典化。以董仲舒为代表的汉儒，提倡“春秋经义决狱”，以儒家的经典作为审判的直接依据，这是儒家思想影响法律的突出表现。引经决狱之风延续了 700 余年，至隋、唐随着封建法制的完备才逐渐终止。但这并不意味着儒家思想对法律影响的减弱，而是儒家思想倡导的伦理道德规范，已成为封建法律的重要内容。

第四，确认秋冬行刑，使儒家“则天行刑”的主张制度化。

① 《论语·为政》。

② 《申鉴》卷二，《时事》。

以上可见，儒家思想对封建法律影响的深刻性和一贯性。然而，在中国古代对于社会、国家、法制广泛起作用的并不只是儒家。道教和释教也同样存在了一二千年。道教也有它的盛世，宋王朝几乎奉道教为国教，皇帝自称道君皇帝。至于释教，南梁时梁武帝三次舍身为僧。保存下来的敦煌石窟的佛像雕刻，历700余年而未中断，则又表现了释教的地位。有关道家对于封建法制的的影响，目前只注意到西汉初年黄老之学与法制的联系，以及唐律对盗毁天尊象的惩罚。对于释教，仅从西安碑林唐御史台精舍碑文中，便可以看到释教对法律的影响以及释、儒思想的某种融合。因此可以说以儒家学说为主导，儒道释三教在不同时期对封建法制各自起了不同程度的影响，这需要认真地研究。1975年云梦秦简出土之前，人们大都认为秦自商鞅变法直到秦始皇统一六国，法家思想一直独占统治地位。由于秦简的发现，才使人发现就在这一段时间，儒家思想已经逐渐渗透到法家思想中去。作为剥削阶级共同的思想体系，尽管各个学派之间有对立的一面，但同时更重要的是相互渗透与相互吸收。因此，要对中华法系思想理论基础作全面的考察，在确认儒家学说统治地位的同时，也不应当忽视道释两教的影响。

（三）引礼入法，礼法结合

从中国进入阶级以后，作为氏族社会祀神祈福仪式的礼就成为一种统治手段。孔子强调“出礼入刑”，为礼与刑的相互为用与结合提供了理论指南。如同汉廷尉陈宠所说：“礼之所去，刑之所取，失礼则入刑，相为表里者也。”^①至汉代，随着儒家思想的确立，董仲舒、公孙弘、马融、郑玄等，通过说经解律进一步引礼入法。根据《礼记·曲礼》所载，礼的调整范围十分广泛，并具有极大的权威，“夫礼者，所以定亲疏、决嫌疑、别同异、明是非也。道德

^① 《后汉书·陈宠传》。

仁义，非礼不成；教训正俗，非礼不备；分争辩讼，非礼不决；班朝治军，莅官行法，非礼威仪不行”。

晋时区分血缘亲疏之礼的“五服”制开始入律，成为断罪量刑的重要根据，是引礼入法的新的表征。明清时期丧服图列于刑律之首，以示重律。这是外国法典所没有的，是研究中华法系应予以注意的问题。

唐朝是中国封建社会的盛世，也是礼法结合的高峰。《唐律疏议》明确宣布：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用。”二者之不可偏废，正如“昏晓阳秋”相互联系，所谓“相须而成者也”。

至封建社会后期，阶级矛盾、民族矛盾日益尖锐，统治者由重礼而改为重刑，礼的调整作用总的看来呈下降的趋势。以唐、明律为例，凡是违背礼的一些犯罪的处罚，明律与唐律大体相同；凡是政治性犯罪，明律均重于唐律。礼与刑在阶级斗争历史过程中的消长，脉络是很清楚的。近代著名学者章太炎曾经分析了“礼可误，刑不可误”的原因，指出“空为仪式者，令不必行，诚不必止，故中国重刑”。^①总的来说，礼在相当程度上指导着法律的制定，确认礼的基本规范的礼典、礼文直接入典，构成了封建法律的基本内容。在司法审判中“于礼以为出入”，亲疏尊卑、同罪异罚。尤其在民事诉讼中，礼作为法律渊源之一，起着法的实际调整作用，礼法互补不仅表现在法律渊源上的互补，还表现为作用上的互补，所谓“礼者禁于将然之前，法者禁于已然之后”。引礼入法使道德法律化，以法附礼使法律道德化。封建统治者从长期的统治实际中，深知礼可以从精神上禁锢人们的思想和行为，其作用往往为法律所不及，如同清戴震说：“人死于法犹有怜之者，人死于礼，其谁怜之。”^②这就是为什么在大的动乱前后统治者往往举起隆礼大旗的

① 章太炎：《五朝法律索引》。

② 《孟子字义疏证》。

原因。

(四) 家族法在法律体系中占有重要地位

家庭是人类社会的细胞组织，在中国封建时代又是承担国家赋税、徭役和兵役的基本单位。因此，家内秩序的稳定对于社会秩序的稳定，国家统治的巩固，都有十分重要的意义。所谓“天下之本在国，国之本在家”，^①“家齐而后国治”，^②儒家通过三纲学说鼓吹事君与事父的统一性，借以强化专制主义的制度。正如马克思在《中国革命与欧洲革命》一文中所指出的：“就像皇帝通常被尊为全国的君父一样，皇帝的每一个官吏也都在他所管辖的地区被看作是这种父权的代表。”

为了把巩固封建国家的任务落实到基层，保证家长代替官府监管族众，征调赋税，裁判纠纷，推行政令，法律确认家长制家庭制度，宣布凡是侵犯家长人身或违反家长意志的行为，便构成“不孝罪”，与“谋反”同属于“十恶”大罪之列。同时也赋予家长一系列权力，如：卑幼未经家长的允许，擅自动用家财，处笞、杖刑；父母在，子孙“别籍异财”，按不孝治罪。家长可以请求官府代为惩处，或杀或罚以家长意见为准。

通过封建法律对于保护家族本位的伦理关系的详密规定，使得伦理和政治进一步结合，家与国进一步沟通，家长制家庭俨然成为一个主权单位，父权不啻是专制王权的缩影。

不仅如此，从宋朝起，随着阶级矛盾不断激化，统治者更加需要通过稳定家内的秩序，来巩固国家的统治。因而除了严格执行法律中的有关规定外，还以国家的名义支持当时流行于社会上的大量“宗规”、“家训”之类的家族法，推广一些大家族用棍棒维持家内

^① 《孟子》。

^② 《大学》。

秩序的经验，力图通过家长、族长进一步严密地钳制和束缚家族成员，不得犯上作乱。宋以后，元、明、清三朝都继承了这个传统，出现了适用于家族内的成文法。它们是对国法的重要的补充，凡属于违反国法的行为必定为家法所严禁；而违反家法的行为也必定为国法所不容。表现了家族系统所承担的巩固国家统治的特殊的职能。正因为如此，家族法规才在中国封建法律体系中占有重要的地位。

为了执行家法，形成了“室老”一类的宗官等家内组织。清人刘献庭在《广阳杂记》中记载了镇江赵氏宗族共有二百余丁，“其族有总嗣一人，族长八人佐之。举族人之聪明正直者四人为评事，复有职勾摄行杖之役者八人。祠有祠长，房有房长”。这套宗族统治组织与国家的行政组织何等相似！

封建家长制家庭之得以长期延续，归根结底是由“一家一户就是一个生产单位”的自然经济结构所决定的。封建家长制家庭既是建立在这个经济结构之上的社会细胞组织，同时也是最基本的经济组织。家长所拥有的管理、监督生产和支配家庭财产的权力，恰恰是封建小生产经济存在和发展的要求。因此在中国数千年封建社会组织中，家庭始终是本位。中华法系所表现出的家庭本位的伦理法精神，正是这种社会现象的呼应和反射。由此也不难理解为什么调整家族关系的法规，在中华法系中占有那样突出的位置。

（五）融合了以汉民族为主体的各民族的法律意识和法律原则

中华民族自古以来就是一个多民族的大家庭，自公元前 2 世纪起就建立了统一的多民族的中央集权的国家。因而在中华法系中融合了以汉民族为主体的各民族的法律意识和法律成果。古籍中说华夏族的法律就是从苗人那里援引来的。所谓“灭其族而用其刑”。当然苗人并不全然是后来的苗族。在封建法制发展中起着承上启下作用的拓拔族的《北齐律》，是以汉律为宗并揉和了南朝各律而成