

The Tradition and  
Modern Transition of Chinese Law

# 中国法律的 传统与近代转型

(第三版)

张晋藩 著

Legal History



中国政法大学  
法律史学研究院  
学术文库

  
法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

The Tradition and  
Modern Transition of Chinese Law

# 中国法律的传统与近代转型

(第三版)

张晋藩 著

Legal History



中国政法大学  
法律史学研究院  
学术文库



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国法律的传统与近代转型/张晋藩著. —3版. —北京:  
法律出版社, 2009. 1

(中国政法大学法律史学研究院学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9053 - 2

I. 中… II. 张… III. 法制史—中国—近代 IV. D929.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 186263 号

© 法律出版社·中国

中国政法大学法律史学  
研究院学术文库

中国法律的传统与  
近代转型(第三版)

张晋藩 著

责任编辑 孙东育  
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2009 年 1 月第 3 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 18.875 字数 454 千

印次 2009 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939840

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9053 - 2

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 前 言

中国是世界著名的法制文明古国之一,法律的历史可以上溯到公元前三千年左右,而且辗转相承,绵延不绝,迄未中断。这是古埃及、古巴比伦、古印度、古波斯等国所不具备的一大特点和一大优点。由此而形成了历史悠久、源流清晰、特色鲜明的法律传统。它产生于中国的文化土壤,是中华民族的智慧与创造力的体现。它的完整性与系统性以及遗留至今浩瀚的法学著作、历代法典王章与档案资料,均为世界所少有。雄辩地说明了中华民族对世界法文化宝库的巨大贡献,以及中华法系何以受到各国的尊重,长时期地傲然自立于世界法律历史之林。

中国古代法律总是依托于社会的发展而发展,尤其是在社会转型时期法律也相应地发生巨大的变革,并以其特有的功能为社会的转型发挥着催生的作用。从法律与社会的相互关系中可以把握法律发展的阶段性与规律性,以及法律传统与中国国情、社情相适应的典型性。

中国自古以来就是统一的多民族国家,不同的民族在不同的时代,由于文化、经济、政治发展的差别而处于不同的历史地位,对于中国法律传统的形成与发展所起的作用也各自不同。但无论如何,中国法律传统是各民族人民共同缔造的,凝聚了各族人民的法律智慧,是

各民族的法律文化与法制经验相互交流与吸收的结果。但是这种多元性并没有影响到中原汉族法律传统的主体性与统一性。如同海纳百川一样,中原汉族的法律正是在吸收各民族的法律文化的基础上,才形成了多样性的发展与绚烂多彩的法律传统。

就文化源头而言,也同样存在着多元性与主体性的统一。从先秦开始,儒、墨、道、法等各家学说,都尽其可能地支配着、影响着中国古代法律的发展与法律传统的形成。但在这个过程中又存在着一种基本的倾向,那就是儒家思想的主导地位。儒家思想及其施政原则,始终指导着法律的构建进程与司法的总体规范,这是由深厚的宗法社会的道德理想主义,以及法、理、情三者相统一的文化土壤所决定的。汉以后的外儒内法则表现了以儒家思想为主导诸子百家学说的融合。

中国法律传统的内涵极为宽广,尽管菁芜并存,但富有跨越时空的民主性因素。譬如人本主义的法律倾斜、法致中平的价值取向,天人合一的和谐诉求,德礼为本的道德支撑,援法断罪的司法责任,法为治具的政治方略,等等,都彰显了中国法律传统中最有价值的部分。因此需要从多侧面、多层次、多角度去研究、总结,以揭示其历史的真相,并为当前的法制建设提供准确的历史的借鉴。

由此可见,中国法律的传统绝不意味着腐朽、保守;它的民族性也绝不是劣根性。无论传统的“善”与“恶”,都是历史和文化的积淀,只能更新,不能铲除;失去传统就丧失了民族文化的特质,就失去了前进的历史与文化的基础。

我们研究中国法律传统的目的,就是为了正确认识法律在漫长发展中如何不断地完善自己,以及它在社会的进步当中所处的位置和价值;就是要从固有的法律传统中总结出滋润五千年中国历史的理性思维的成果。对传统的反思越深刻、批判得越彻底,越能准确地撷其精华,弃其糟粕,增强法律发展的规律性的认识,提高中华民族的自豪感与自信心,在复兴中华民族的伟大事业中创造出反映新时代特色的中

华法系。

## 二

1840年鸦片战争以后,侵略者的炮火轰开了清朝闭关锁国的门户,西方的法文化也同西方的商品一样通过各种渠道涌入中国,传统的中国法律由于社会根基的动摇而遭遇到前所未有的危机。随着西学东渐的深入,西方法文化对中华法文化进行了猛烈的冲击和挑战。在不断的冲突与融合中,中国固有的法律终于向着西方近代资本主义法律转型,从而揭开了中国法律近代化新的一页,这是一个渐进的、具有历史必然性的发展过程。

中国固有的法律曾经经历了汉唐宋明的辉煌时代,但其发展轨迹只有陈陈相因的纵向传承,缺乏横向的比较吸收与实质性的变革,因此,至19世纪中叶,已经处于变亦变、不变亦变的严峻形势。以农为本、重农抑商的国策及其法律化,严重束缚了社会经济的发展。鸦片战争后在西方商品大潮的冲击下,一些开明的官僚和思想家以及大商人纷纷提出以商战对抗西方的经济侵略,并要求清政府制定法律恤商、护商,以至晚清法律变革以商法为第一章。

除此之外清朝的专制法律也严重束缚了人们的手脚,动辄触犯法禁。龚自珍曾说:“天下无巨细,一束之于不可破之例”,如同使患有“疥癣”或“疮痍”之人,“卧之以独木,缚之以长绳,俾四肢不可以屈伸,则虽甚痒且甚痛,而亦冥心息虑以置之耳”。<sup>〔1〕</sup>冯桂芬也指出:“天下有亿万不齐之事端,古今无范围不过之法律,观于今日则例猥琐,案牍繁多,而始知圣人不铸刑书之法之善也。”<sup>〔2〕</sup>结论是,只有改制更法才是出路,这是来自士大夫阶层的呼喊。但作为保守的统治者

〔1〕“明良论四”,载《龚自珍全集》。

〔2〕《校邠庐抗议·序》。

依然奉行“天不变，道亦不变”，“祖宗之法不可变也”的陈腐观念。因此，如果没有鸦片战争，中国法律迟早也会走上近代化的途径，鸦片战争的发生从某种意义说来只是起了触媒的作用。

中国法制的近代化经历了以下几个阶段：

### 1. 由“师夷之长技以制夷”到“稍变成法”

中国古代从大汉族主义的立场出发，严“夷夏之防”，坚持“夷狄入中国则中国之”的理念。然而鸦片战争后，清朝天朝大国的尊严已被西方列强凌夷殆尽。为了救亡图存，先进的思想家提出“师夷之长技以制夷”，即学习西方现代工业技术，以求富国强兵。稍后，主张中体西用的洋务派官僚提出：“稍变成法”，引进西法，反对默守成法的保守风气。当美国传教士（后任美国驻华公使译员）丁韪良，完整地翻译了美国人惠顿所著的国际法，呈送给总理衙门时，恭亲王奕訢和文祥都发出了一种满足急需的欣喜。随即组织人员对译书进行修改润色，定名为《万国公法》，刊印三百本，发给各通商口岸，供其对外交涉使用。事实上清朝被迫开放之后，如何与世界列强办理种种交涉，也是推动中国法律转型的动因之一。

### 2. 由改良君主政体到建立仿西方的法律体系

19世纪70年代至19世纪末的改良派思想家们，已经认识到“乃知其（西方国家）治乱之源，富强之本，不尽在船坚炮利，而在议院，上下同心，教养得法”。<sup>〔1〕</sup>因而把目光投向改良君主专制政体上，鼓吹设议院以通上下之情。1898年康有为、梁启超发动戊戌变法时，不仅提出设议院、开国会、定宪法、实行三权分立，而且提出了建立仿西方的新的法律体系。康有为在《上清帝第六书》中强调：“今宜采罗马及英、美、德、法、日本之律，重定施行……其民法、民律、商法、市则、舶则、讼律、军律、国际公法，西人皆极详明，既不能闭关绝市，则通商交

〔1〕 郑观应：《盛世危言》卷五。

际,势不能不概予通行。然既无律法,吏民无所率从,必致更滋百弊。且各种新法,皆我所夙无,而事势所宜,可补我所未备。故宜有专司,采定各律以定率从。”然而康有为的主张由于戊戌变法的失败而流产。

### 3. 由预备立宪到全面修律

经过义和团运动和辛丑条约的签订,清朝政府已经不能再照旧统治下去了,因而宣布改弦更张,实行新政。1905年日俄战争以后,在“日以立宪而胜、俄以专制而败”的舆论压力下,清朝政府宣布预备立宪。在此期间委派沈家本、伍廷芳为修订法律大臣,进行全面修律。在短短的几年间完成了仿大陆法系的各部门法的修订,迈出了中国法律近代化的重要一步。虽然清亡在即,许多法律未及施行,但或者由民国政府加以实施,或者为民国政府制定新法提供了重要基础。总之,晚清修律宣告了中国固有法律历史的终结,中华法系让位给西方的法制文明。

中国近代法律的转型是沿着西方法制的路径行进的,这不是某个权威的设计,也不是来自政治权力的强制,而是特定历史条件下的必然选择。虽然不可避免地存在着简单的拿来主义,以及形式与内容、思想与实际之间的矛盾,但它所激发的不仅是制度层面的变化,而且有着丰富的思想内涵,围绕着救亡图存、恢复主权的历史主线,发生了极大的号召力,振奋着人们的改革精神,显示了中华民族的新文化素质和新法律意识的提高。延续了268年的清朝政府,终究为民主共和制的中华民国所取代。

如果说晚清修律是中国法律近代转型的重要开端,此后经过中华民国,至新中国成立,再到今天的改革开放,是中国法律向着现代化的目标前进所经历的几个历史阶段。由于社会的发展是永不停止的,因此法律的现代化也只有阶段性而没有终结。

由于中国近代法律的转型是在民族危机四伏的背景下进行的,是

以全盘西化为价值取向的。因此,在转型过程中既缺乏理性地对待中国法律传统中跨越时空的民主性因素,同时也缺乏理性地分析西方法律与中国国情的适应性。以至中国法律虽然走向近代化了,但却丧失了中华法系的自主性与创新性。如果说前人无暇进行必要的反省,那么这个历史性的任务就落在了我们的肩上。在日益频繁的世界法文化交流的今天,中国法律如何走自己的路,将传统与创新、历史与现实、中国与世界巧妙地结合起来,是构建具有中国特色的社会主义法律体系,需要认真反思与总结的。

本书于1997年由法律出版社出版。2005年出版第二版时曾进行较大修改,现在根据近年来的研究体会,又作了第三次修改,仍须读者批评指正。

张晋藩

2008年6月于洛杉矶

# 目 录

## 前 言

1

## 中国法律的传统

### 一、引礼入法 礼法结合

3

#### (一) 礼的产生

3

#### (二) 礼的作用

10

#### (三) 引礼入法

20

#### (四) 礼法结合

26

### 二、以人为本 明德慎刑

32

#### (一) 中国古代人本主义思想的形成与发展

32

#### (二) 人本主义思想影响下的中国传统法律

38

#### (三) 中国传统法律中人本主义思想的反思

47

### 三、权利等差 义务本位

51

#### (一) 立法等差

51

#### (二) 司法特权

57

|                      |     |
|----------------------|-----|
| (三)义务本位              | 61  |
| 四、法尚公平  重刑轻民         | 66  |
| (一)关于法律公平的论述         | 66  |
| (二)体现公平的法律原则         | 70  |
| (三)重刑轻民              | 83  |
| 五、恭行天理  执法原情         | 99  |
| (一)天理与国法沟通           | 99  |
| (二)国法与人情相合           | 103 |
| (三)天理、国法、人情三者协调统一    | 113 |
| 六、法自君出  权尊于法         | 116 |
| (一)先秦的专制王权与法制        | 116 |
| (二)皇权的制度化与法律化        | 120 |
| (三)皇权与法制的冲突          | 136 |
| 七、家族本位  伦理法治         | 141 |
| (一)家法族规是传统法律的重要组成部分  | 141 |
| (二)家族伦理法的发展历程        | 144 |
| (三)伦理法的具体内容与家长权的法律表现 | 147 |
| (四)家族本位伦理法的社会成因      | 155 |
| 八、以法治官  明职课责         | 161 |
| (一)职官的设置与编制          | 162 |
| (二)职官的任免考选           | 169 |
| (三)职官的考课奖惩           | 174 |

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| (四) 职官的俸禄与休致                 | 179 |
| (五) 对职官的一般监督和法律约束            | 182 |
| (六) 要求官吏依状鞠讯,以法断罪            | 192 |
| <b>九、纵向比较 因时定制</b>           | 196 |
| (一) 以前朝为鉴,确定新的法制建设重点         | 197 |
| (二) 律典的篇目结构经过比较而不断调整         | 200 |
| (三) 立法的内容经过比较更加轻重有分和<br>贴近生活 | 210 |
| <b>十、统一释法 律学独秀</b>           | 219 |
| (一) 中国古代律学的发展历程              | 219 |
| (二) 清代律学的成就                  | 233 |
| (三) 中国古代律学的基本特点              | 236 |
| (四) 中西法文化的比较                 | 241 |
| <b>十一、诸法并存 民刑有分</b>          | 247 |
| (一) 法典体例上的沿袭与保守              | 247 |
| (二) 法律体系上的“诸法并存,民刑有分”        | 253 |
| <b>十二、立法修律 比附判例</b>          | 278 |
| (一) 制定法在传统法律中的地位             | 278 |
| (二) 判例法的发展及其作用               | 284 |
| (三) 制定法与判例法的相互为用             | 299 |
| <b>十三、援法定罪 类推裁断</b>          | 303 |
| (一) 成文法的公布引发了援法定罪与类推         |     |

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| 擅断的争论                         | 303 |
| (二)秦汉时期的皆有法式与类推决狱             | 306 |
| (三)科罪具引律文与出罪明轻,入罪明重           | 309 |
| (四)鞠狱分司与援法定罪                  | 313 |
| (五)极端专制下的引律与比附                | 318 |
| <br>十四、无讼是求  调处息争             | 324 |
| (一)“无讼”是儒家的理想境界               | 324 |
| (二)以调处息争,实现无讼                 | 329 |
| (三)无讼作为中国古代法律传统的根源            | 339 |
| (四)无讼是以逃避讼累为代价                | 343 |
| <br>十五、中华法系  各族缔造             | 348 |
| (一)中华法系与世界                    | 348 |
| (二)中华法系是中华各族的共同缔造             | 351 |
| <br>中国法律的近代转型                 |     |
| 一、西方法文化的输入                    | 359 |
| (一)鸦片战争前的中国和世界                | 359 |
| (二)西方法文化的输入与中国法文化封闭<br>状态的被打破 | 365 |
| (三)翻译和出版,广泛传播近代西方法文化          | 380 |
| (四)国外归来的中国人对西方法文化的介绍          | 390 |
| <br>二、传统法观念的转变                | 400 |
| (一)由固守成法到师夷变法                 | 401 |

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| (二)由维护三纲到批判三纲            | 407 |
| (三)由盲目排外到中体西用            | 410 |
| (四)由专制神圣到君宪共和            | 411 |
| (五)由以人治国到以法治国            | 420 |
| (六)由义务本位到权利追求            | 425 |
| (七)由司法与行政不分到司法独立         | 434 |
| (八)由以刑为主到诸法并重            | 437 |
| <br>三、转型过程中的法制改革思想与实践    | 441 |
| (一)洋务派的稍变成法,引进西法         | 441 |
| (二)戊戌变法与法制改革             | 455 |
| (三)晚清法律的近代化              | 468 |
| <br>四、民国时期法律近代转型的继续推进    | 542 |
| (一)继续推进的时代背景             | 543 |
| (二)继续推进的思想基础             | 544 |
| (三)继续推进的历程与成就            | 551 |
| <br>五、中国法律近代转型的历史价值及经验借鉴 | 564 |
| (一)中国法律近代转型的西方化形态        | 564 |
| (二)中国法律近代转型的取向和历史借鉴      | 569 |

# Contents

## Preface 1

## The Tradition of Chinese Law

### Part 1 Inserting Li into Law, Integrating

#### Li and Law 3

#### 1. Origin of Li 3

#### 2. Function of Li 10

#### 3. Inserting Li into Law 20

#### 4. Integration of Li and Law 26

### Part 2 Treating Human as a Standard,

#### Advocating the Morality and

#### Enforcing Penalty Prudently 32

#### 1. Formation and Development of Ancient

#### Chinese Humanistic Ideas 32

#### 2. Chinese Traditionl Law Influenced by Humanistic

#### Ideas 38

|                                                                                            |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 3. Reflection of Humanistic Ideas in Chinese                                               |           |
| Traditional Law                                                                            | 47        |
| <b>Part 3 Right Differentiated, Duty as a Standard</b>                                     | <b>51</b> |
| 1. Legislation Differentiated                                                              | 51        |
| 2. Judicial Privilege                                                                      | 57        |
| 3. Duty as a Standard                                                                      | 61        |
| <b>Part 4 Law Advocating ImPartiality, Regarding Criminal Law and Ddespising Civil Law</b> | <b>66</b> |
| 1. Ancient Thinkers' Discussions on Legal ImPartiality                                     | 66        |
| 2. Legal Principles Embodying ImPartiality                                                 | 70        |
| 3. Regarding Criminal Law and Despising Civil Law                                          | 83        |
| <b>Part 5 Following the Logos and Executing Law by Human Relationship</b>                  | <b>99</b> |
| 1. Communication between the Logos and National Law                                        | 99        |
| 2. Combination of National Law and Human Relationship                                      | 103       |
| 3. Harmonic Unification among the Logos, National Law and Human Relationship               | 113       |

|                                                     |            |
|-----------------------------------------------------|------------|
| <b>Part 6 Law Deriving from Monarch, Power</b>      |            |
| <b>Overweighing Law</b>                             | <b>116</b> |
| 1. Absolute Kingship and Legal System Befort        |            |
| Ch'in Dynasty                                       | 116        |
| 2. Systematization and Legislation of Imperial      |            |
| Power                                               | 120        |
| 3. Imperial Power and Law                           | 136        |
| <b>Part 7 Clan as a Standard, Ethical Rule</b>      |            |
| <b>of Law</b>                                       | <b>141</b> |
| 1. Regulation of Clan is a Significant Part of      |            |
| Traditional Law                                     | 141        |
| 2. Evolution of Ethical Law of Clan                 | 144        |
| 3. Concrete Contents of Ethical Law and Embodiment  |            |
| of Patriarchal Power                                | 147        |
| 4. Social Causes of Ethical Law Making Clan as a    |            |
| Standard                                            | 155        |
| <b>Part 8 Regulating Officials by Law, Defining</b> |            |
| <b>Authorities and Responsibilities</b>             | <b>161</b> |
| 1. Arrangement Regiment of Officials                | 162        |
| 2. Appointment, Removal, Examination and            |            |
| Election of Officials                               | 169        |
| 3. Inspection, Rewards and Punishment for           |            |
| Officials                                           | 174        |
| 4. Salary and Retirement of Officials               | 179        |
| 5. Common Supervision and Legal Restriction         |            |
| for Officials                                       | 182        |