

东北师范大学文库

清末民初法文化流变

贾国发 著

QINGMO MINCHU FAWENHUA LIUBIAN



东北师范大学出版社

东北师范大学文库

清末民初法文化流变

贾国发 著

东北师范大学出版社
长 春

图书在版编目 (CIP) 数据

清末民初法文化流变/贾国发著. —长春: 东北师范大学出版社, 2003. 8

ISBN 7 - 5602 - 3521 - 2

I. 清... II. 贾... III. 法律—思想史—研究—中国—近代 IV. D909. 25

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 108434 号

☐责任编辑: 徐华娟 ☐封面设计: 李冰彬

☐责任校对: 王红娟 ☐责任印制: 张允豪

东北师范大学出版社出版发行

长春市人民大街 5268 号 (130024)

销售热线: 0431—5687213

传真: 0431—5691969

网址: <http://www.nnup.com>

电子函件: sdcbs@mail.jl.cn

东北师范大学出版社激光照排中心制版

吉林省吉新月历制版印刷有限公司印刷

2003 年 8 月第 1 版 2003 年 8 月第 1 次印刷

幅面尺寸: 140mm×203mm 印张: 7 字数: 163 千

印数: 0 001—1 000 册

定价: 16.00 元

序 言

法文化是一个民族在历史进程中，在经济发展、政治发展和文化发展的基础上，对法律意识形态和制度、思想、理论、学说或主张的主观关照或追求，是法学理念的表现。在中国古代，古典法文化是儒家、法家、道家法律精神的融会与历史流变。它对封建时代 2000 余年的政治制度化和治国理政起到了稳定社会，调整秩序，促进民族凝聚与统一，以及推动政治与经济的相应发展等作用，并且对周边民族国家产生了广泛深远的影响。然而，时至 19 世纪 20—40 年代，中国被动地打开国门，伴随着西方资本主义政治、经济、文化各方面现代社会因素的浸染流入，传统的古典法文化在体系和法系的意义上便终结了，完成了它的历史使命，而在封建文化变革的意义上，开始了如洋务派总结概括的“中学为体，西学为用”，中西文化冲撞和相互融合的近现代法文化流变和发展的新时期。这就是本书要讨论的清末民初的法文化或中国近代法文化的历史变迁。

清末民初法文化发展的基本线索、基本问题仍然是“人治”和“法治”的斗争，但与古典法文化“人治”的精神主导“法治”的格局不同。中国近代法文化发展已转向崇扬“法治”精神，也认可一定“人治”精神的方面，其基本追求是：集体立法，逐步实行司法独立和逐步实现法律面前人人平等。

传统法文化的系统发展，大体上发源于有所作为的君主建树、权臣辅吏的献言、思想家的批评创议，以及改革家和革命家基于

政治实践的变法思考与创制。时至近代，清代末世的道光、咸丰、同治、光绪、宣统五帝时期已不见天朝大国盛世局面，国势衰弱，经济、政治、文化和社会全面式微动荡，危机四伏。皇帝及其辅臣大都已无力解决内外交困的种种问题，因此，在近代法文化发展中，便谈不上有什么建树了。一批忧国忧民的思想家、改革家、革命家于艰难的社会大变动、大变革中，接受新思想意蕴，涵孕了近代法文化，使其具有了反映新时代精神的某些内容。由于复杂的主客观原因，这些法文化意识形态没有完成制度化的建构，但其推动中国法文化近现代化的历史地位和作用是不容漠视的。

中国近代史以鸦片战争到五四运动作为同古代史、现代史的历史分界，法文化的历史时段大体上亦然。在这 80 年间，中国法文化的意识流程主要是民族资产阶级和小资产阶级的法文化意识形态的表现，其中既有对中国古典法文化的传承吸收，也有对西方文化系统中近代法文化的借鉴和利用。

中国近代社会自 19 世纪 20 年代即已呈现风云突变的局面。1840 年鸦片战争后，中国逐步沦为半殖民地半封建社会。古典法文化转变为封建主义旧因素同资本主义新因素异质异构的、混交互融的、期望走上近现代化之路的法文化。对此，以龚自珍、魏源为代表的地主阶级改革家的法文化主张起到了前驱开路的作用。当权的洋务派虽也主张“洋为中用”，借法自强，但他们对法文化上的态度仍主张“中学为体”，泥古复古，形成法文化的逆向支流。太平天国领袖洪秀全、洪仁玕在平均主义、君主专制主义、原始民主主义、西方资本主义之间游移探索法文化的“新天地”，虽未成功，却书写了农业小生产者、小资产阶级法文化的一页。沈家本作为推动“同光新政”的修律重臣、中国近代史上的著名法学家，从法制改革上对民族法文化发展作出了独特的贡献。维新派领袖康有为、梁启超、谭嗣同以及严复等，主张变法维新，实行君主立宪，为法文化揭开了崭新篇章。孙中山、章太炎、伍廷

芳在资产阶级革命和民国创建进程中，建构了以三民主义为宗旨的法文化，其功未成，其名应云有就。尤其是伟大的民主革命的先行者孙中山，吸收西方资产阶级自由主义、平等和民主思想，创立民权学说，主张“主权在民”，国民有行使选举、罢免、创制、复决的权利，倡导在三权分立的基础上，加入中国古有的考试、监察两权，实行五权制度；民国初年，他主持制定和颁布《中华民国临时约法》，颁布了一批改革旧制旧传统的法令，从理论到实践都体现了含有民族法文化传统意蕴的资产阶级法文化的民主主义和民族主义精神。五四新文化运动以陈独秀、李大钊为代表揭开了新民主主义革命的序幕，也揭开了中国法文化史的新篇章。

新中国的民主与法制建设是在中国近代社会法文化的基础上进行的。现在，我们伟大的社会主义社会迈入 21 世纪，领导我们事业的中国共产党规划了民主与法制建设的蓝图，正在建设社会主义法治国家。新中国法文化建设的道路仍然很长，但它已经更广泛、更坚实地走在人类新世纪的文明大道上，特别是有马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论的指导，有五千年华夏文明包括中国近代社会文明的底蕴，中国现代化法文化的发展再也不会是筌路蓝缕，而是踏实前进。在这一进程中，对清末民初的法文化状况及其流变做进一步的潜研深掘工作，该是很有意义的。历史不能割裂，有其批判的继承性。当代法文化发展远溯孔、孟、荀、韩，近纳今人的视野。有鉴及此，积十几年学习、思考、研究的涓滴，汇积此书，奉于国人和读者。

编 者

2002 年 9 月

目 录

序 言	1
第一章 龚自珍	1
鼓吹更法改制的改革家	1
论君臣共治以致天下至公之境	3
论礼乃一代之律令	6
新的立法司法制度之孕议	9
吏治改革的民主性要求	11
更法改制的思想基础——进化的历史观	14
第二章 魏 源	16
地主阶级改革派的中坚	16
倡言“师夷长技以制夷”	17
论“以势、利、名公天下”	21
论整肃吏治，清理仕途	23
论因势立法，以刑去刑	26
论法为治具，治法在人	28
第三章 洪秀全 洪仁玕	31
太平天国农民革命家	31
平均、平等的追求和观念形态	33

君主专制与原始民主主义	36
婚姻自由与新道德观念	39
创建新法制：重刑惩罚和诉讼平等	41
第四章 沈家本	45
清末修律重臣和著名法学家	45
论法律的功能及其与政治的关系	48
论法的统一性	50
论法与道德的关系	51
论执法持平，行恕道	53
论慎刑、慎赦	55
论执法在人	56
立法指导思想与实践	58
删改大清律，制定新刑律表现的法律思想	61
改革旧律结构形式	65
论司法独立和狱政改良	66
第五章 康有为	69
维新派领袖，戊戌变法的领导人	69
自然人性论和博爱、平等观	71
论君民共治一国之政法	75
君主立宪和“公政府”空想	79
论法律要顺天故、顺人情	82
第六章 梁启超	88
维新派领袖，宣传鼓动家，近代知名学者	88
伸民权、保国权的主张	90
论君主立宪最适合中国国情	95

论自由	99
论法治必行	101
第七章 谭嗣同	108
维新派左翼领导人，戊戌六君子之一	108
论仁、平等、自由	109
废除君主制，建立民主制	114
论改革法制须去名教	119
论社会改革及其法制化	122
第八章 严 复	125
向西方学习的先进者，“西学东渐”负笈人	125
政法思想的理论基础——进化论	127
论科学与民主、天赋人权	129
批判君主专制，倡行君主立宪	132
“自由为体，民主为用”	134
第九章 孙中山	139
中国民主革命的伟大先行者	139
五权宪法理论	141
论法律须荡涤烦苛，称情以施	150
论法律上之平等	155
五权分立政体和普通选举制的设想	157
第十章 章太炎	160
民主民族革命家、舆论家、国学名师	160
论法律的产生、实质和作用	162
论以法为治	164

司法独立的主张·····	169
论法宽刑省·····	171
对半殖民地司法制度的批判·····	174
倡立三权分立的总统制国家·····	176
第十一章 伍廷芳 ·····	182
清末修律大臣，民国司法总长，近代知名外交家·····	182
从主张改革专制政体到拥护民主共和·····	183
论平等、自由以法律规定为限·····	184
改良司法乃缔造民国之重要举措·····	187
论司法独立和文明审判·····	189
反对包办婚姻制度，主张革除社会陋习·····	191
第十二章 五四大转折 ·····	193
法文化斗争主题，发展阶段，代表人物·····	193
反对封建专制制度，深化民主政治认知·····	194
对家族制度、家族主义的批判·····	198
争取民主“法治”，反对专制“人治”·····	201
结 语 ·····	205
后 记 ·····	207

第一章 龚 自 珍

鼓吹更法改制的改革家

龚自珍（1792—1841），又名巩祚，字璚人，号定盦，浙江仁和人（今杭州）人。他的祖父和父亲都曾在清代礼部做过官。母亲是清代著名文字学家段玉裁的女儿。因此关系，他年少时曾从外祖父学习文字学。及至青年时代，他目睹社会动荡，世风日下，从而放弃文章考据，转而“究心经世之务”，专注于针砭时弊的政法论文。1819年，进京从刘逢禄学研《公羊春秋》，借古讽今，直言批评朝政。38岁时得中进士，受职内阁中书、礼部主事，历十余年。1839年，因不满朝政衰微黑暗，辞官南下。1841年死于丹阳云阳书院。代表作有《尊隐》、《明良论》、《乙丙之际著议》、《送钦差大臣侯官林公序》等。有《定盦文集》等，今辑为《龚自珍全集》。

龚自珍是清末倡导“经世致用”之学的开一代新风的“新学”学者，鼓吹“更法改制”、“医治病国”，呐喊社会变革“风雷”的改革家。鸦片战争前夕，他的政治思想反映了变乱年代和从古代到近代转折时期的时空特点。他预言封建末世的衰亡，呼唤改革风雷的掀动，寄意社会变革新社会力量的大起，尤为更法改制不顾个人安危而直言敢谏。

更法改制是封建制度面临严重危机时，地主阶级改革派所能

提出的中心主张。龚自珍继承历代封建思想家更法改制的法文化传统，赋予它若干新时代气息和内容，使之充溢着忧国忧民、爱国爱民的蕴涵。早在青年时，他就敢于质疑以嘉庆皇帝为首的顽固势力死守“祖宗之法”的僵化保守主张，认为“一祖之法无不敝”，强烈反对“拘一祖之法”，论证世易则须易法，更法改制，才可以“救今日束缚之病，矫之而不过，且无病，奈之何不思更法”^①。1829年，他去京参加殿试，上《对策》一文不为采纳，便无限感慨地写下《己丑殿试，大指王荆公上仁宗皇帝书》诗，再次表明更法改制，医治病国，振发“九州生气”之志。诗中写道：

霜毫挥罢倚天寒，
任作淋漓淡墨看。
何敢自矜医国手，
药方只贩古时丹。

龚自珍岂止自谦贩卖王安石的治国灵丹，他是以11世纪的王安石《上仁宗皇帝书》为范本，在19世纪中叶寻求救国治世的丹方灵药。在社会大变革年代，他一反理学家们的迂腐观念，初步受到西方思想的濡染，基于“法无不改”的理念，鼓吹更法改制，主张重法禁烟，客观上反映了资本主义要求进一步向前发展的趋向，主观上表明了改革势力希望开辟近现代未来的意向。正因为如此，他受到后来维新派的推崇。梁启超说：“光绪间所谓新学家者，大率人人皆经过崇拜龚氏之一时期。”^②可见，龚自珍实为中国民族资产阶级法学和中国近现代法文化的前驱。

① 龚自珍：《明良论（四）》，载：《龚自珍全集》，北京：中华书局，1961.35

② 梁启超：《清代学术概论》，北京：中华书局，1956.54

论君臣共治以致天下至公之境

中国封建时代的皇帝专制独裁和封建主义法制的专横暴虐发展至清末达到极致。其突出表现，一是民族歧视和民族压迫日益严重，二是封建文化专制主义以酷刑贯彻实施，通过大兴文字狱以强化思想统治，于乾嘉两朝达到高峰。后者的特点是：视知识分子为险恶，苛刑牵连胜过历代，造成了如龚自珍在《己亥杂诗》中所言的“万马齐喑究可哀”的局面。针对上述景况，龚自珍指出：“为天子者，训迪其百官，使之共治吾天下。”治理国家绝非君主独断专权可致天下大治，君子只须“总其大端”，更需分君权与臣下，对臣下只能“责之以治天下之效，不必问其若之何以为治”。如此则免于由于国家一切权力完全集中于君主而去僵滞束缚之病。他批评自乾嘉以来以至当朝是“天下无巨细，一束之于不可破之例，则虽以总督之尊，而实不能行一谋，专一事”^①。假如这种政法体制不加以改革，则地方积极性和臣僚们的积极性无法发挥，国之不兴，民不堪命。

基于上述认识，龚自珍不仅主张限制君权，实行君臣分权，在治国理政中发挥臣的作用，而且强调应把君臣共治与民众参治联系起来，统一起来。他以中国古代的政策、法制为例，认为：一党一州之长实应为一党一州的百姓选定之师表，而非官吏自为官吏，师儒自为师儒。他期望“君与师之统不分，士与民之藪不分，学与治之术不分，此所闻于经者也”^②。这就是说，统治者与士大

^① 龚自珍：《明良论（四）》，载：龚自珍全集，北京：中华书局，1961.35

^② 龚自珍：《对策》，载：龚自珍全集，北京：中华书局，1961.115

夫知识分子不分，士大夫知识分子与民不分。显而易见，龚自珍是为知识分子代言，争取参政议政的权利，这与古代先贤所云“举贤才”之议相近却不完全相同。因为龚自珍并不是从为君主服务这个意义上提出问题的，而是从权力分配的体制改革角度谈“分”与“不分”的。“分”是对君主集权的分解，使之从无限变为有限；“不分”是统一、结合，是整个国家体制上把君、臣、民的地位和作用整合起来。毫无疑问，从传统法制上来说，这是在整体上的一种悖论。这种设制，至少是要容许一定的地方分权与原来的高度君主中央集权相对，容许相当的臣权与君权实行分——统——合，容许民有一定的议政权使之成为治国的社会基础。而在立法权力上，就必然要改革以往一切法自君出的那种不合理的制度和体制了。

值得注意的是，龚自珍还提出：要求让居于下位的人有评论政事世事是非的有限度的言论自由，不仅是对传统的尊卑贵贱等级制的冲击，更重要的是对两千多年来，特别是自明代以来“言者有罪”，不合理苛政酷法的大胆否定。他说：

自古及今，法无不改，势无不积，事例无不变迁，风气无不移易……感慨激奋而居上位，有其力，则所是者依，所非者法；感慨激奋而居下位，无其力，则探吾之是非，而昌昌大言之。如此，法改胡所弊？势积胡所重？风气移易胡所惩？事例变迁胡所惧？^①

龚自珍认为，让居下位的人（自臣、吏以至士大夫知识分子甚至百姓）“探是非”、“昌大言”，有了这样一种民主气氛和政治局面，还怕改革会出现什么弊病，怕臣下增大膨胀他们的权势，怕

^① 龚自珍：《上大学士书》，载：《龚自珍全集》，北京：中华书局，1961.319

社会风气不能移易、一切社会的改革事端不能成功吗？

更为可贵的是，龚自珍在那个时代就已经不自觉地接触到了专制与民主的问题。对此，他强烈地表明了要求进行政法制度和体制改革的意见。在《乙丙之际著议第七》一文中，他写给皇帝一段“劝豫”，以“天下为公”之心，显示出鲜明的、内含朴素的民主主义思想。他说：

无八百年不夷之天下，天下有万亿年不夷之道。然而十年而夷，五十年而夷，则以拘一祖之法，憚千夫之议，听其自堕，以俟踵兴者之改图尔。一祖之法无不敝，千无之议无不靡，与其赠来者以劲改革，孰若自改革？^①

龚自珍申明，他不是给自有帝制以来的六七姓王朝作总结，而是对当今一姓王朝“劝豫”：天下者非一姓之天下也，千夫之议是有益的，与其让别人起来推翻你，何不自动地进行改革？毕竟“天地，人所造，众人自造，非圣人所造”^②。要害的问题是统治者要出于天下至公之心，来治理国家以致天下至公。他指出：“且夫子哂（战国时燕国君），天下之至公也，以八百年之燕，欲予子之（燕国大臣）。汉哀帝，天下之至公也，高皇帝之艰难，二百祀之增功累胙，帝不爱之，欲以予董贤（汉哀帝时大司马）。”^③同前人谈论公天下一样，龚自珍这时谈论公天下也没有超越地主阶级的立场。然而，他并不反对“劲改革”（强制改革），毋宁说，他认为“劲改革”是势所必然。因为封建制度这时强势已去，衰势已

① 龚自珍全集·北京：中华书局，1961.5—6

② 龚自珍·壬癸之际胎观第一·载：龚自珍全集·北京：中华书局，1961.12

③ 龚自珍·论私·载：龚自珍全集·北京：中华书局，1961.92

成，末运将至。他对封建国家制度及其法律制度进行了致命的批判，说它如同人得了疥癣之疾，“手欲勿动不可得，而乃卧之以独木，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”^①。封建制度的窒息是无可挽回的了，因为封建社会末运危机在于“贫者日愈倾，富者日愈壅”。这个制度被捣毁是客观的、唯一出路。正是基于这样一种思考，在《己亥杂诗》中，龚自珍表示出对“自改革”的无奈，便直接呐喊“劲改革”了。他以“山中之民”的代言人，喊出了汹涌奔腾的“大声音”：

九州生气恃风雷，
万马齐喑究可哀。
我劝天公重抖擞，
不拘一格降人才。^②

论礼乃一代之律令

中国古代法是诸法合体形式，即刑法、民法、经济法、婚姻法、诉讼法等集于一律之中。对于这样的法的起源，千百年来各有说法，但都没有科学的、符合实际的认识。到龚自珍的时候，虽也有因循旧说之处，但他更侧重从人们的本体自然关系和人们的生存生活来探寻法之所以生发的因由。他认为，法是从“人伦”关系和“饮食”生存需要中产生的。由“人伦”（君臣、父子、夫妻、兄弟、友朋）和“饮食”（人食和祭祀时的鬼食）产生了“礼”，同

^① 龚自珍：《明良论（四）》，载：《龚自珍全集》，北京：中华书局，1961.12

^② 龚自珍：《己亥杂诗》，载：《龚自珍全集》，北京：中华书局，1961.521

时也就产生了法。他说，首先须弄明白的是“孰使我以能饮食”。他指出：

观百礼之聚，观人情之始也。

其在礼曰：“祝以孝告，嘏以慈告”，此礼之大成也。

曰饮食之多寡，祭之数，少不后长，支不后宗，筋力者暴羸，于是乎折菹析木而撻之，则司寇之始也。^①

就是说，礼制不行，饮食、祭祀之礼法乱了套，人伦关系混乱了，社会无序甚至动乱，所以才有强制人们守礼的刑罚，也才有专门从事执行行刑的法官。

龚自珍认识到，人食鬼祭是宗法制度下农业社会事关国计民生大事的一切社会问题的基础，礼乃人们社会关系行为的规则，因为封建社会生存发展的关键一曰食，二曰货，三曰祀，四曰戎。时至今日，由食而行百礼，尤为重要。他指出：在古代，“土广而谷众，足以庇其子，力能有文质祭享报本之事，力能致其下之称名，名之曰礼、曰乐、曰刑法”^②。由于土地广袤，有足够的食物养保子孙，更能和顺地祭祀祖先，因而能够名正言顺地实行礼乐刑罚。他进一步指出，中国的四民（士农工商）之中，以农民最众，他们操持着“本务”（农业），礼与法事实上是先从农民大众那里起始的，是自下而上形成的。起初，人们对君王之出和礼乐刑罚之作，并没有惊骇、疑惑、惧怕。在人伦不明和人伦初明的时候，虽有刑罚但不像后来那么重。“在所传闻世，人伦未明，刑不若是重；在所闻世，人伦甫明，刑亦不若是重。”^③因为后来教化既久，设法

① 龚自珍·五经大义终始论·载：龚自珍全集·北京：中华书局，1961.42，43

② 龚自珍·农宗·载：龚自珍全集·北京：中华书局，1961.49

③ 龚自珍·五经大义终始答问·载：龚自珍全集·北京：中华书局，1961.47