

第一章 绪论

一、问题的提出

20世纪初，在八国联军的枪炮声和义和团的呐喊声中，摇摇欲坠的满清王朝不得不实行“新政”，开始改革。新政未能挽救清王朝覆灭的命运，却孕育出了中国历史上第一部具有现代意义的教育法规——1902年颁布的《钦定学堂章程》，并从此掀开了中国教育立法的新篇章。

从中国教育发展的历史进程来看，第一部现代教育法规颁布的意义非常重大，因为它标志着中国教育开始由古代向现代转变，标志着建立在手工业生产水平上的古代教育向建立在机器化大生产水平上的现代教育转变的开始。

在波澜壮阔、激烈动荡的20世纪上半叶，中国教育发展走过了一段艰难的历程，它经历了以夷为师的痛苦选择，经受了封建复古主义的疯狂反扑，也经受了战争的洗礼与考验。其间，作为推进中国教育发展有力武器和保障的教育立法，也有过停滞不前和摇摆反复，但进步与发展是主要的。在短短的半个世纪里，中国教育立法从无到有、从点滴支离到系统有序地发展起来，有力地保证了现代教育制度在中国的形成和确立，巩固了教育改革的成果，在封建主义、资本主义与帝国主义的压力下，顽强地推动着中国教育的现代化。中国教育立法的理论、实践及其成就，在中国教育发展史上留下了不朽的光辉。

1949年中华人民共和国成立，结束了中国半殖民地半封建社会的历史。新中国的诞生，为中国现代教育的普及和发展提供了良

好的契机。但从建国一直到“文化大革命”结束为止，教育法制建设却走过了一条坎坷不平的道路。

由于政治经济体制的制约和传统法律观念的影响等原因，教育立法没有得到应有的重视，这期间虽然颁布了一些教育法规、法令，如教育部于1961年拟订的《教育部直属高等学校暂行工作条例》（简称《高教六十条》）、《全日制中学暂行工作条例》（简称《中学五十条》）和《全日制小学暂行工作条例》（简称《小学四十条》）。但总的来说比较零散，没有形成一套完整的教育法规体系，也没有研究和制定教育立法的体系规划。此外，政策和法律的功能区分不清，也影响了中国教育法制的建设。

党的十一届三中全会以后，我国总结了以往的经验教训，特别是吸取了“文化大革命”中人治代替法治，以权代法，最终造成教育法制建设遭到巨大破坏的惨痛教训，大力加强社会主义民主法制建设。随着各项法制建设的深入开展，以及现代社会对教育发展提出的新要求，我国教育立法建设逐步走上了正轨。这期间，我国教育立法的实践得到了进一步发展。

1980年12月12日，第五届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议通过了《中华人民共和国学位条例》，其目的是“为了促进我国科学专门人才的成长，促进各门学科学术水平的提高和教育、科学事业的发展，以适应社会主义现代化建设的需要”，并于1981年1月1日起施行。《中华人民共和国学位条例》虽然冠以“条例”而不是“法”的称号，但其由全国人民代表大会常务委员会通过的事实，决定了《中华人民共和国学位条例》成为我国新时期颁布的第一个重要的教育法律，具有划时代的意义。随后，我国又相继颁布了一系列重要的教育法律法规，主要有：《中华人民共和国义务教育法》（1986年4月）、《中华人民共和国普通高等学校设置暂行条例》（1986年12月）、《中华人民共和国学校体育工作条例》（1990年3月）、《中华人民共和国学校卫生工作条例》（1990年4月）、《国务院关于修改〈征收教育费附加的暂行规定〉的决

定》（1990年6月）《中华人民共和国未成年人保护法》（1991年9月）《中华人民共和国义务教育法实施细则》（1992年3月）《中华人民共和国教师法》（1993年10月）《中华人民共和国残疾人教育条例》（1994年8月）《中华人民共和国教育法》（1995年3月）《中华人民共和国教师资格条例》（1995年12月）《中华人民共和国职业技术教育法》（1996年5月）《中华人民共和国社会力量办学条例》（1997年10月）、《中华人民共和国高等教育法》（1998年8月）《中华人民共和国国家通用语言文字法》（2000年12月）。当代中国的教育立法活动方兴未艾，具有中国特色的社会主义教育法律体系已经初步形成。

在加强教育法制建设的同时，我国也加大了对教育立法的理论研究和实践探索。80年代中后期，一些学者就开始关注教育法律的理论研究，并发表了一系列研究文章，主要有孙灿成的《教育立法是教育管理的基础》，忻福良的《试论我国当前的教育法规建设》、《对制定我国高等教育法的粗浅认识》殷爱荪的《关于我国教育法体系的问题》胡文斌的《国外教育法学发展概况》何瑞琨的《教育法学的学科特点》，陈桂生的《从历史经验看教育立法》，孙灿成的《关于教育立法的几个认识问题》等。研究者们对当代立法在教育管理中的作用，国外教育法的发展概况以及中国教育立法的必要性等方面进行了研究，并对我国教育法律体系建设提出了初步设想。参与其中的，既有教育界人士，也有法律界专家。

90年代以来，我国教育立法的研究更加深入，更加具体，探讨教育立法的论文和书籍也开始增多。著作如劳凯声的《教育法论》夏天阳的《高等教育立法引论》张维平的《平衡与制约——20世纪的教育法》等。论文有王鉴骅的《高等教育的立法与机制》劳凯声的《教育立法的实践与启示》、《教育立法与教育法的理论研究》、《高等教育改革与高等学校的法律地位》，王晓泉的《试论高等学校法律地位的演变》夏天阳的《高等教育立法要面向社会主义市场经济》，忻福良的《试论高等教育的法律责任》等。

从这一阶段的研究成果来看，教育界和法律界的研究已经深入到教育立法的体系结构、教育法在整个法律体系中的地位等各个方面，特别在高等教育立法研究方面形成了重点，这与当代中国高等教育发展的需要和特点是相适应的。

当代中国对教育立法所表现出来的兴趣和重视，实际上是中国教育面对现代教育的挑战而做出的一种选择与应对，是中国教育适应世界教育潮流，走向现代化的一种反映。教育立法作为国家对教育实施控制和管理的重要手段之一，越来越受到各国政府的重视。

教育立法是教育发展到一定阶段的产物。在古代社会，教育的规模小，水平低，受教育只是少数人的特权，是一种身份的标志，教育活动中的各种关系，表现为私人性和民间性，不需要专门的法律予以调整。进入现代社会后，随着工业化和城市化的进程，教育对人类社会发展所起的作用越来越明显，教育的普及和发达程度，直接影响着一个国家、一个民族的文明和发达程度。因此，许多国家开始把教育当作国家的公共事业来完成，把对教育的管理纳入国家管理活动之中，而教育立法则是国家介入教育过程，实现教育的社会化和国家化的最有效、最现实的一种手段。教育立法是现代教育普及化、大众化的要求，也是现代社会教育权社会化、国家化的要求。

与世界上其他国家相比，当前中国教育立法的首要问题，是要建构一套社会主义的教育法律体系，并在这个体系的指导下，有计划、有步骤地制定教育法律、法规，使各项教育法律、法规之间相互协调，相互配合。作为后发现代化国家，我们可以直接学习世界发达国家的教育法律制度，借鉴这些国家构建教育法律体系的思路，当然，这一切必须经过“中国化”。如果回顾中国教育立法的历史和进程，我们会发现，20世纪初的中国教育立法也同样遇见过向发达国家学习这个问题，所不同的是，当时是被迫地模仿，而现在是主动地学习。中国近、现代的教育立法，就经历了一个先学习西方先进国家，然后依据中国教育发展的具体情况，制定本国教

育法，并逐渐构建中国教育法律体系的过程，这是一个“标准”的中国化的过程。具体而言，整个历史进程大致从清末洋务运动时期开始酝酿，以清末“新政”为突破点，以南京国民政府时期为繁盛期，以抗日战争爆发前夕为终结点。这个时期颁布实施了大量的教育法律、法规，逐步形成了教育法律的体系化。这个时期教育立法的规划、分层的思路和方法，以及制定教育法过程中具体的技术运用，对我们当代教育法律体系的建设，都有一定的借鉴价值。同时，近现代中国对西方先进国家教育立法的研究和学习，以及对西方现代教育制度的推行和实践，必然导致中、西方两种文化的碰撞和冲突，也就是说，中国近现代教育立法的理论与实践，已经为教育立法的“中国化”勇敢地打了一次头阵，作了一次有益的尝试，所以，对中国近现代教育立法的研究，必然会为我国当代的教育立法提供有益的借鉴。

本书之所以选取 1902 至 1937 年这三十多年的时间，作为研究教育立法与中国教育现代化关系的时间范围，主要是考虑到了中国教育立法发展的阶段性特点。从 1902 年第一个具有现代意义教育法规的出现，到清末教育立法活动的完结，可以称之为中国教育立法的萌芽阶段；从中华民国初建时期具有资产阶级性质教育立法的出现，到北洋军阀统治时期教育立法的曲折发展，是中国教育立法的成长阶段；从南京国民政府初期教育立法的大发展到抗战爆发前夕教育立法的繁荣，是中国教育立法的成熟阶段。这三个阶段紧密相连，教育立法的水平由低到高，反映出中国教育立法的基本发展趋势和巨大发展潜力。1937 年，抗日战争全面爆发，打断了中国教育立法的发展进程。抗战后不久，全国进入“战时”状态，教育立法也表现出强烈的“战时性”，所颁布的教育法律和法规数量虽然也很多，但大多是根据战争需要而作的一些调整，对教育发展的要求和标准大大降低。抗战结束后，民国政府修改、修订和重新颁布了一批教育法律、法规，这些教育法律和法规，有的是对战前教育法的恢复，有的则是在总结战前教育立法经验的基础上，加以重

新提炼后颁布实施的。如 1944 年的《国民学校法》，1948 年的《大学法》、《专科学校法》等，教育立法活动呈现出积极发展的态势。但因国民党发动内战，中国的教育立法活动重又陷入困境。这实际上成为中国教育立法的停滞期。由于本书主要考察教育立法与教育现代化的关系，着重研究处于上升期的教育立法，揭示教育立法对教育现代化的推进作用。所以，抗战以后至解放前这一阶段，只简单涉及，不作专门研究。

另外需要说明的是，中国共产党领导下的革命根据地教育，也没有列入本书的研究范围。根据地教育，包括 1927 年至 1937 年十年革命时期的苏维埃地区的教育、1937 年至 1945 年八年抗日战争时期抗日民主根据地的教育，以及 1946 年至 1949 年三年解放战争时期解放区的教育。根据地教育为中国革命培养了大批的人才，积累了丰富的教育经验，为中国革命的最终胜利奠定了基础。由于根据地教育自成系统，有其特殊性，所以本书也不作专门研究。

二、本领域的研究现状

由于我国当代教育立法的研究起步较晚，所以近年来研究教育立法的著作和论文都比较少，有关中国近现代教育立法的著作和文章，就更是凤毛麟角。从笔者掌握的材料来看，80 年代，还没有专门研究中国近现代教育立法的著作，相关著作有熊贤君的《中国教育管理史》（1989 年），相关的论文也只有忻福良的《中华民国时期的高等教育立法》（《华东师范大学学报》，1988 年 2 月）。该文主要介绍了中华民国时期高等教育立法的概况及特点，对民国教育立法的评价较高。90 年代以来，仍没有研究中国近现代教育立法的专著，相关著作以劳凯声的《教育法论》（1993 年 8 月）和夏天阳的《高等教育立法引论》（1993 年）为代表，这两本著作对中国近现代教育立法有专节介绍；其他相关著作还有熊明安的《中华民国教育史》（1990 年），刘德华的《中国教育管理史》（1990 年）和熊贤君的《中国教育行政史》（1996 年）等。研究论文主要有马

平的《清末教育立法初探》(《史学月刊》，1993年第5期)和张玉堂的《清末教育立法及其特点》(《四川师范大学学报》，1993年第3期)。其他的把“中国近现代教育立法”作为专项研究的著作及论文则很少见到。

由于我国教育法学的研究起步较晚，而当前教育急需立法的现实又使得教育界、法律界把精力主要投入到对当代教育立法的研究中，相应地对中国近现代教育立法的研究比较薄弱。从目前已发表的研究近现代教育立法的论文来看，还主要停留在对这一时期教育立法内容的一般性描述上。如对教育立法的历史背景、具体过程和主要内容等进行过比较详细的介绍，而对于教育立法的指导思想，教育立法机构及其运作方式，教育法的执行情况，以及教育法在教育发展过程中的地位和作用的研究，则很少或难以涉及到。从研究的视野来看，还不够开阔，一般是作断代研究或局部研究，还没有从中国近现代教育立法的整体上去把握，去进行系统的研究，这就很难以发展的眼光来考察和研究中国近现代教育立法的真实情况，也就难以考察和把握中国教育立法与教育现代化的关系。此外，由于我国法理学的研究还不够成熟，以及研究者本身法律方面的素养参差不齐等原因，制约着中国近代教育立法研究的水平，反映在研究的结果上，则表现为事实性的描述多，深层次的分析少。

本书在深入分析各个阶段教育立法的基础上，以教育法在教育发展中的作用和地位为主线，重点在于把握教育立法与教育现代化的关系。在研究内容上，以中西方法律文化的冲突为先导，从教育立法对现代教育管理、教学管理、师资建设以及教育的普及化、大众化等各个侧面入手，围绕中国近、现代教育的立法、执法、监督三个基本环节展开，一环扣一环，层层深入，将近现代教育法律制度的确立和实施的过程立体地展示出来，并以中国近现代教育法律制度的形成过程为依托，比较研究欧美教育法对日本的影响以及日、欧教育法对中国教育立法的冲击与影响，从而更加全面地把握中国教育立法与中国教育现代化的关系。

三、本书中使用的几个概念

1. 立法

目前我国的法学界对立法概念的解释有许多种，既有广义的，也有狭义的。广义的立法不仅包括法律的立、改、废，而且还包括法规、法令及各种具有法律效力的规范性文件的制定、修改和废止。本书采用广义的概念，即立法是国家机关依照其职权范围，通过一定程序制定（包括修改或废止）法律规范的活动，既包括拥有立法权的国家机关的立法活动，也包括被授权的其他国家机关制定从属于法律的规范性法律文件的活动。^①

2. 教育立法、教育法

通常指国家立法机关制定或修改教育法律的活动。有时也泛指国家制定教育法律、法令、条例等规范性文件的活动。教育政策、制度等得到国家立法机构的确认，即用法律形式规定下来。^② 本书中的教育立法，不仅包括教育法律，而且还包括教育法规、法令和其他教育法律规范性文件，是比较广义上的教育立法。

教育立法是阶级社会上层建筑的组成部分。从本质上看，教育法是统治阶级在教育方面意志的体现；从形式上看，教育法是以国家意志出现、具有普遍约束力的调整人们在教育方面的行为的规范。教育法是普遍的、肯定的、具体的行为规范。现代社会中教育立法的范围很广，涉及到各级各类学校的办学宗旨、管理体制、课程设置、教师选用、经费来源等各个方面，从形式上看，包括教育法律、法规及具体实施和补充完善的条例、章程、细则和办法等。

另外需要注意的一个概念是教育法。教育法在概念的使用上也有广义和狭义之分。广义的教育法指所有教育方面的规范性法律文件，包括教育法律、法规、条例、章程、细则和办法等。狭义的教育法仅指教育法律。本书的教育法概念，是在广义意义上使用的。

① 《中国大百科全书》第 88 页。

② 《中国教育百科全书》第 263 页。

在本书中，教育法律则用来专指教育的成文法，高于一般的法规和条例等。

3. 现代化

现代化是一个包括性概念，内涵极为丰富，用一个简洁的定义来概括它有很大的难度，因此许多西方学者都不是以定义的形式来描述现代化的，可以说现代化理论至今也不存在一个公认的现代化定义。高益民在《近代东亚教育价值观转换的比较研究》中把这一现象概括为：“现代化较少以定义的形式出现，主要意味着这一历史现象的繁杂性，并不一定意味着对现代化的根本特征还缺乏研究；对现代化的理解还存在分歧，也不意味着这些见解之间不存在相当的一致性和相容性。”^① 本文无意于详细研究和讨论现代化概念及其理论，只在吸收前人研究的成果上，对现代化进行最基本的描述。

我国学者罗荣渠教授将现代化理解为广义和狭义两个方面。他说：“广义的现代化主要是指自工业革命以来现代生产力导致社会生产方式的大变革，引起世界经济加速发展和社会适应性变化的大趋势；具体地说，这是以现代工业、科学和技术革命的推动力，实现传统的农业社会向工业社会的大转变，使工业主义渗透到经济、政治、文化、思想各个领域并引起社会组织与社会行为深刻变革的过程。狭义的现代化主要是指第三世界经济落后国家采取适合自己的高效率途径，通过有计划的经济技术改造和学习世界先进，带动广泛的社会改革，以迅速赶上先进工业国和适应世界环境的发展过程；也就是说，现代化进程的客观内容，是欠发达和不发达国家在现代国际体系的影响下，向现代工业社会转变，加速社会发展和缩小与发达国家差距的过程。”^② 罗教授的广义现代化概念，在我国具有一定的代表性，反映了我国学者对“现代化”概念的一个基本

① 高益民《近代东亚教育价值观转换的比较研究》，第 13 页。

② 罗荣渠《现代化新论——世界与中国的现代化进程》第 95 页。

理解。它明确地把工业革命作为现代化的起点，把马克思的“生产力”和“生产方式”概念引入，并作为划分新旧时代的标准。本文的现代化概念的涵义，基本上是在这个意义上使用的。如果用简单明晰的语言来描述现代化的涵义，那么下面的表述最合适不过了：“‘现代化’是一个活生生的动态性概念。它与‘现代性’不同，它不是指后者所象征的那个静态的文明结构，而意味着一种连续，一个过程，一个当代世界正在持续着的历史演进。”^①

在研究和理解中国现代化的概念时，要注意中国的现代化特点。根据现代化理论，世界现代化进程中的国家可以根据不同尺度加以分类，其中最为典型的尺度是现代化启动的早晚和现代化因素的来源。根据前者，可以将现代化分为早发的（或称先发的）现代化和晚发的（或称后发的）现代化；根据后者，则可以分为内生的（或称内源的或内发的）和外生的（或称外源的或外发的）现代化。

4. 教育现代化

70年代末和80年代初，我国教育理论界在进行“现代教育”的讨论中，成有信教授将原始社会、奴隶社会和封建社会称为古代社会，把资本主义和社会主义称为现代社会，并据此将人类历史上的教育划分为古代教育和现代教育。^②1995年，成教授又提出了现代教育的基本特征：第一、教育的科学性和科学与生产劳动相结合；第二、学校教育的群众性和学校的普及性；第三、教育的高速改革和迅速变革；第四、开放性和国际性；第五、在总的特征上具有革命性。^③这些概括大体上包括了现代教育的基本特点，但这种归纳性的概括，很难穷尽。在这个基础上，有人提出了对教育现代化的认识：“教育现代化的实质，就是要以整个社会现代化的客观

许纪霖 陈达凯《中国现代化史》，第1页。

② 成有信《两种现代教育观》，《北京师范大学学报》（社会科学版），1988年第3期。

成有信《“三个面向”和现代教育的本质》，《教育研究》，1995年第3期。

需要为动力，以社会文化的全部最新成就武装教育各个层面，使教育自身具备适应和促进整个社会现代化的能动力量。”^① 并把教育现代化描述为“是一个能动的具有指向性的过程，是一个对传统教育瓦解、扬弃、进行创造性转化的过程，也就是为使教育适应整个社会现代化的历史进程，而向未来整合，重建教育的传统的过程。”^②

本文教育现代化的涵义，基本上是在上述意义上使用的。简单地说，教育现代化是一个动态的过程，是一个完成从古代教育向现代教育转变的过程。在中国，这个过程持续的时间很长。按照成有信教授提出的现代教育的标准，中国目前还未完成这个转变，仍处于教育现代化的过程中。

本文不用近代化，而用现代化这个概念，还有以下两点考虑：第一、统一以社会生产力的发展水平作为人类社会进程的发展标准，因为中国整个 20 世纪的发展实际上是一体的，是建立在对大工业生产执着追求的基础之上的；第二、中国教育现代化是一个延续至今的过程，研究中国近现代教育立法的目的是为当今中国教育的发展服务，着眼点和落脚点是当今的中国教育。

从以上的分析中我们知道，“现代教育”是与工业文明相适应的，那么为什么会在中国封建社会的末期，在以农业文明为主导的晚清王朝产生现代教育制度或现代教育制度的萌芽呢？其原因大致有以下几点：第一、晚清已有一定的现代工业基础，为现代教育制度的产生打下了一定的物质基础。第二、在帝国主义列强瓜分狂潮的冲击下，面临亡国灭种危险的晚清王朝，不得不采取政治上的改革，并由此引发了晚清政治社会结构的一系列变化，使教育的超前发展成为可能。第三、世界发达国家教育现代化的浪潮，对中国教育的现代化产生了一定的冲击。

① 田慧生主编《中国教育的现代化》第 6 页。

② 田慧生主编《中国教育的现代化》第 7—8 页。

第二章 中国现代法律制度的初步形成

由于中国教育立法活动的开展和实施，是伴随着近代中国新式法律制度的形成和建立而发展起来的，所以，在研究近代中国教育立法之前，必须对近代中国法律制度的发展有一个初步的了解。在动荡不安的 20 世纪初叶，中国法律制度也面临着由传统的封建法律制度向现代法律制度转变的过程。

中国法律制度的转变，也源于清末的新政。继 1901 年宣布实行“新政”以后，清政府又在 1906 年宣布实行“预备立宪”，并从 1902 年起，按照西方资产阶级的法律原则和体系修订各种法律。清政府的这一举动，是当时政治经济发展的必然反映，同时，也是受到西方资本主义政治法律学说影响的结果。清末的修律和立法活动，最终打破了中国封建法律的传统体系，奠定了中国现代法律制度的基础。

第一节 中华法系及其基本特点

“法系”一词，首先由日本法学家穗积陈重提出，此后，为中西方学者普遍接受和应用。我国学者沈宗灵把法系定义为：“它可以理解为由若干国家和地区的、具有某种共性或共同传统的法律的总称。”他特别强调“法系并不是指一个国家的法律的总称，而是指一些国家或地区的法律的总称，是指同一类法律的总称……这些国家或地区的法律之所以构成一类，是因为从某种标准来说，它们

具有一种共性或共同的传统。’^① 我国学者由嵘把“法系”定义为：“法系是指一类法律，它的划分是法律制度的一种分类方法，其标准和根据是这些分类制度的某种共同特征或传统，也就是说，把具有某种共同特征或传统的两个以上国家或地区的分类制度划分为一类法律。’^②

由于对法系划分标准理解上的差异，各国学者对法系的划分不尽相同。历史上出现过三分法、五分法、七分法等多种划分方法。穗积陈重将世界法律分为“印度法族、中国法族、回回法族、英国法族、罗马法族”五大法系。这种划分，概括了人类历史上曾经出现过的主要的法律体系。美国学者梅利曼则把世界上的法律划分为三大法系：“现代世界中有三个主要法系：大陆法系、普通法系和社会主义法系。’^③（法国法学家勒内·达维德称这三大法系为“罗马日耳曼法系、普通法系、社会主义法系”^④）这种划分，则是对当今现存法律体系的归纳。我国学者由嵘按经济关系把法划分为三类：自然经济型（东方古代法）、商品经济型（西方法）、混合成长型。^⑤ 这种划分，则是在更加抽象的层次上对法系的归纳。

虽然在现代社会，中华法系已不复存在，但其以悠久的历史传统和鲜明的个性特点，曾经在世界法律发展史上占有一席之地，产生过深远的影响。对于中华法系，学者们也有不同认识，有过不同的表述。80年代，国内法学界比较普遍的看法是：“中国的封建法律由战国至清经过二千多年的发展，形成了沿革清晰、特点鲜明的法律体系，被世界上推崇为五大法系之一——中华法系。’^⑥ 进入90年代以后，我国法学界对“中华法系”又提出了一些新看法，

① 沈宗灵：《比较法总论》第36页。

② 由嵘：《外国法制史》第207页。

美 约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系—西欧拉丁美洲法律制度介绍》第1页。

法）勒内·达维德：《当代主要法律体系》第24页。

由嵘《关于法类型划分问题的思考》，《中外法学》1994年第五期。

⑥ 《中国大百科全书·法学》第764页。

对概念的界定也更为准确。一种表述为，中华法系“是指一个发源于夏，解体于清，以唐律为代表，以礼法结合为根本特征，其影响及于东亚诸国的法律体系。”^①另一种表述为：“所谓中华法系（又称中国法系），是指中国古代产生的以礼法结合为基本特点的中国封建社会的法律制度，以及受其影响而制定的日本、朝鲜、越南等国封建法律的总称。”^②这两种表述虽有差别，但基本含义是一致的，可以说抓住了中华法系的礼法结合这一根本特征。

中华法系曾以其独特性屹立于世界法系之林，是世界上具有代表性的法系之一。中华法系在其几千年的演变进程中，逐渐形成了自己鲜明的特点，主要可以归结为以下四点：（1）法律以儒家思想为指导，以封建伦理道德为主体，带有浓重的伦理色彩，大量的封建道德规范被直接纳入法典。法律与道德本属于两个不同的范畴，世界上大多数国家的法律，均不涉及道德范围。但中华法系的一个显著特点就是礼法合一，礼以道德为依归，而法则以礼为中心。如“礼”中以“父母在，不有私财”^③作为“孝”的道德标准，于是法中即有对“别籍异财”的限制。^④（2）法制以专制皇权为依归，“法自君出，狱由君断”，司法与行政不分。君主为法权渊源，君主既是最大的立法者，又是最高的司法官。（3）对个人的地位和权力一直没有给予应有的规定。礼法和统治的基础是“家”和“家族”，保障家、族关系的条款很多，而民法方面的内容缺乏。当家规与法规相冲突时，宁可枉法以屈从家规，缺乏个人财权、产权、债权的观念。（4）诸法合体，民刑不分。中国封建时代颁行的法典，基本上都是刑法典，但包含了有关民法、诉讼法以及行政法等各个方面的法律内容，形成了民刑不分，诸法合体的结构。

张中秋、金眉《中华法系封闭性释证》，《南京大学学报》1991年第3期。

张耀明《略论中华法系的解体》，《中南政法学院学报》1991年第3期。

《礼记·曲礼》。

④ 《唐律疏记》卷12《户婚》。

中华法系在清末终于走到了历史的尽头，这主要是国内民主革命斗争和西方现代法律思想冲击的结果。民主革命斗争打击和削弱了封建势力，为现代法律的传播扫除了障碍；西方现代法律思想及制度以各种方式进入中国的政治法律领域，直接导致了中华法系的解体。

第二节 西方法律思想在中国的传播

中华法系解体前，西方法律思想在中国的传播，主要集中在戊戌变法、晚清新政两个时间段，通过帝国主义的强行渗透，中国学者的翻译介绍，以及外国学者的积极倡导等途径而实现的。龚自珍、魏源、林则徐时期，虽然提出了“师夷长技”的口号，但还只是泛泛而谈，并不能具体提出学习西方文化哪方面的内容。王韬至郑观应时代，随着出洋考察的人士和西方来华传教士的增多，资产阶级文化陆续传入中国，但还很少涉及西方的政治法律思想和制度，而且在中国民众中也没有什么影响。同期开展的洋务运动，也更多的是“西艺”方面的学习和引进。真正比较系统、公开地介绍、传播西方资产阶级法律思想的，是戊戌变法时期的康有为、梁启超、严复、谭嗣同等人。他们当时主要是号召与宣传向西方学习，同时在他们的著作中也具体指明了学习西方法律制度的哪些方面。戊戌变法失败后，康、梁流亡国外，更多地接触到了西方资产阶级的政治法律思想，梁启超后来为它的传播起了更大的作用。

若从翻译和介绍西方的政治法律制度来论，严复功莫大焉。严复到英国作了长期的学习，回国后，他先后翻译了多部西方资产阶级思想家的名著，如赫胥黎的《天演论》，亚当斯密的《原富》，H·斯宾塞的《群学肄言》，孟德斯鸠的《法意》等，比较系统地介绍了西方资产阶级的法学、社会学、政治学、哲学著作，从而大大扩展了戊戌变法运动在传播西方资产阶级法律思想方面所起的作

用。

新政时期，清末法学家沈家本，在介绍西方法律制度、思想，指导立法实践方面，做出了突出贡献。

沈家本(1840—1913)，浙江归安人(今浙江吴兴人)，光绪九年考中进士，留在刑部补官，遂专心于法律之学。光绪十九年出任天津知府，后授光禄卿擢刑部侍郎。光绪二十八年，受命出任修订法律大臣、资政院副总裁、法部大臣、法部首领等职。宣统三年因为礼教问题，遭到礼教派所排挤，先后免去本兼各职。武昌起义后，袁世凯组阁，曾起用为法部大臣。宣统逊位后，改任司法首领，不久即辞职。

晚清新政时期，沈家本受命为修律大臣。由于修订法律的要求，沈家本组织人员，集中翻译了大批的西方法律制度，并主持修订法律馆，网罗人才，译介和研究东西方各国法律，整理中国法律旧籍。据沈氏光绪三十三年五月十八日奏称，修订法律馆自光绪三十年四月初一日开馆至当日，已“先后译成法兰西刑法、德意志刑法、俄罗斯刑法、荷兰刑法、意大利刑法、法兰西印刷律、德国民事诉讼法、日本刑法、日本改正刑法、日本海军刑法、日本陆军刑法、日本刑法论、普鲁士司法制度、日本裁判构成法、日本监狱访问录、日本新刑法草案、法典论、日本刑法义解、日本监狱法、监狱学、狱事谭、日本刑事诉讼法、日本裁判所编制立法论，共二十六种。又已译未完者，德意志民法、德意志旧民事诉讼法、比利时刑法论、比利时监狱则、比利时刑法、美国刑法、美国刑事诉讼法、瑞士刑法、芬兰刑法、刑法之私法观，共十种。”^①

从沈家本所列举的各国法律及法律学论著的范围来看，几乎涵盖了当时各主要发达资本主义国家。若从所介绍法律的性质来看，既有属于英美法系的，又有属于大陆法系的。这从一定程度上反映

^① 《清末筹备立宪档案史料》下册，转引自梁治平《沈家本与中国近代法制》，《文史知识》，1990年第12期。

了沈家本等修律者认真学习西方法律制度的决心和初衷。此外，一些外国学者，如美国学者丁韪良、日本法学家冈田朝太郎等，也积极倡导、宣传西方的政治法律制度。

第三节 中华法系的解体与中国现代法律制度的初步形成

中华法系的解体与中国现代法律制度的建立，从其过程来分析，实质上是一个问题的两个方面，是破与立的关系。中华法系的解体，是旧的法律体系被冲破的过程，是外受资本主义侵略，内受民主革命冲击的结果；中国现代法律制度的形成，是在学习西方资产阶级先进法律制度的基础上，建立新的法律体系的过程。中国近代的法律制度的形成，具体来讲，是以属于大陆法系的德国、日本法律为蓝本，作了本土化改造的结果。

大陆法系（continental law system），又称民法法系（civil law system）、罗马-日耳曼法系或成文法法系。在西方法学著作中多称民法法系，中国法学著作中惯称大陆法系。指包括欧洲大陆大部分国家从19世纪初以罗马法为基础建立起来的，以1804年《法国民法典》为代表的法律制度，以及其他国家或地区仿效这种制度而建立的法律制度。它是西方国家中与英美法系并列的渊源久远和影响较大的法系。由于源流不同，大陆法系大体又可分为法、德两个支系，法国、比利时、荷兰、意大利、西班牙和拉丁美洲各国属于前者；德国、奥地利、瑞士和日本等国则属于后者。大陆法系有以下主要特点：（1）明确立法与司法的分工，强调成文法典的权威性。虽然允许法官有自由裁量的余地，并承认判例和习惯在解释法律方面的作用，但一般不承认法官的造法职能，法官判案不能以判例为依据；（2）比较强调国家的干预和法制的统一，程序法上尤其明显；（3）重视法律的理论概括，强调法典总则部分的作用，而英美法系只着重分则；（4）注重法典的体系排列，讲求规定的逻辑性、