

宁波文化研究工程·专门史研究

宁波近代法制变迁研究

NINGBO JINDAI FAZHI BIANQIAN YANJIU

邹剑锋 著



复旦大学出版社
www.fudanpress.com

宁波文化研究工程·专门史研究

宁波近代法制变迁研究

邹剑锋 著

复旦大学出版社

作者简介

邹剑锋,男,1963年10月出生,浙江杭州市人。1985年、1999年、2007年毕业于华东政法大学,先后获得法学学士、法学硕士、法学博士学位。2008年进入复旦大学博士后流动站,进行哲学博士后研究。1985年支边新疆,在新疆国家安全厅工作,次年下基层公安派出所锻炼,1987年底调入宁波市检察院工作,1993年调入中化宁波(集团)有限公司担任首席法律顾问,2010年辞职成为自由职业者。持有律师、企业法律顾问和心理咨询师资格。出版专著《企业法律顾问理论与实践》,在国内外期刊发表论文近20篇。兼任浙江省企业法律顾问协会副秘书长、华东政法大学兼职教授、浙江万里学院客座教授、浙江甬泰律师事务所律师、宁波市人和心理咨询师培训学校特聘教授、宁波市人和心理咨询中心特聘咨询师、绍兴市德森心理咨询中心咨询师。

内 容 提 要

本书紧扣最能体现近代宁波特色的金融法制、土地法制、行政管理法制、司法制度和商会、农会、同业公会等社会组织所推动形成的自治性规章,揭示宁波近代法制变迁的表现,挖掘变迁的基础,探究变迁的动力,剖析变迁的成因。本书并不追求对宁波近代法制史的全面描述,而是试图从一些断面或片段加以揭示,这些断面或片段可能是一条律师营业的广告、一则离婚的启事、一份公司的章程、一篇报纸的报道、一项法院的裁判、一本警察局的刊物和一部土地登记的条例等。

序 一

剑锋博士是华政的老校友,在大学时代即是一名品学兼优的学生,大学毕业后,他曾从事国家安全、检察等工作,下过基层公安派出所锻炼,后又顺应时势进入企业,从事企业法律顾问工作。因此,他有着较深的阅历和丰富的实践经验。今年,为了追求他自己的目标和实现理想的生活,毅然辞职而成为自由职业者,我很欣赏他的勇气和魄力。剑锋博士工作以后又能不懈地努力,分别于1985年、1999年和2007年在华政获得法学学士、硕士和博士学位,其间历经22年。此后,剑锋博士又赴复旦大学进行哲学博士后研究。这一切都是在完成正常工作的基础上进行的,其中的付出可想而知。

剑锋博士的《宁波近代法制变迁研究》一书即将由复旦大学出版社出版。而他的第一本专著《企业法律顾问理论与实践》也是由我作序的,那是他经过多年潜心研究而成的具有一定理论水平和较高实践价值的著作,也是他多年从事企业法律顾问工作的经验和体会的总结,在当时可以说是填补了那一领域系统研究的空白。现在,他又有新作即将出版,作为他的老师,我由衷地感到高兴。该书是在博士论文的基础上历经近三年修改而成的,剑锋博士对学术的眷恋和追求令人赞叹和感慨。

宁波的法制史,尤其是近代法制史,是中国近代法制史的重要组成部分。宁波是《南京条约》签订时确定的五口通商城市之一。作为港口城市,宁波地方经济发达、对外经济贸易和文化交流密



切,也较早受到来自国外的各种影响。研究异质法律制度和法律文化对宁波近代法制变迁的影响,也许可以收到“窥一斑而见全豹”的功效。剑锋博士选择宁波作为研究对象,可谓慧眼独具。剑锋博士长期在宁波工作,在研究上自然也就多了许多便利,因此这也是个务实的选择。

剑锋博士在《宁波近代法制变迁研究》中,侧重于运用社会研究与历史研究的方法,对能够体现宁波特色的土地管理法律制度、金融管理法律制度、行政管理制度和司法制度的变迁进行了梳理、分析和归纳,对法制变迁的基础、动力和成因进行了探究。相信该书的出版将会深化对我国近代法制变迁的认识和研究。

剑锋博士对法律实务有丰富的实践和经验,在法学理论和学术上也不断追求,尤其是选择法律史这一理论法学学科来攻读博士学位,体现了他不畏艰难、不懈求索的精神。当然,由于公务缠身,在精力投入上不免受到影响,面对这样一个理论性较强的选题,本书不可避免地会存在这样或那样的不足。然而,学术毕竟是在不断的磨砺中发展和成熟的。作为并不以学术为生、没有科研压力的实务工作者,剑锋博士这些年来的矢志追求是令人感动的。因此,我愿为此书作序,并热忱地把它推荐给读者。

华东政法大学校长、教授、博士生导师

何勤华

2010年9月26日



序 二

剑锋博士是我指导的博士研究生。2007年6月,他撰写的博士学位论文《宁波近代法制变迁研究》以优秀的成绩通过答辩并获得了法学博士学位。鉴于剑锋博士在攻读博士学位期间所表现出的学术品格、成绩和能力,我推荐其进入复旦大学进行哲学博士后研究。在剑锋博士即将博士后出站之际,其对博士论文进行修改完善而成的专著也即将出版,作为导师,我感到由衷的高兴。

剑锋博士长期在宁波工作,选择宁波近代法制的变迁作为研究论题确实有“近水楼台”之便利。尽管我也是宁波人,然而支持剑锋博士选择这一论题的,还有着更为重要的考虑。宁波是《南京条约》签订时确定的五口通商城市之一,是中国较早沦为半殖民地半封建社会的地方,在中国近代史上有着特殊的地位。宁波的法制史尤其是近代法制史是中国近代法制史的重要组成部分,研究宁波近代法制史可以促进对于中国近代法制史的更深入的研究。我在完成《上海法制史》的写作之后,曾经希望年轻研究者,特别是我指导的博士生、硕士生能够不断展开地方法制史的研究,以扩大法制史的研究领域,丰富法制史的研究成果。剑锋博士的这一研究可以说是其中的代表作。

剑锋博士在《宁波近代法制变迁研究》一书中,以晚清法律制度改革和辛亥革命引发的政治变局为起点,紧扣最能体现宁波特色的金融法制、土地法制、行政管理法制和司法制度,揭示变迁的表现,挖掘变迁的基础,探究变迁的动力,剖析变迁的成因。提出

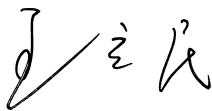


了一些具有学术性的结论,包括:工会、商会、农会、同业公会、士绅与庶民是宁波近代法制变迁的强大动力;民间法与国家法的角力与互动、文本中的法和行动中的法之间的差异和弥合、对本土法律文化的继受和对异质法律文化的移植是其基本和主要的成因等。分析持之有据,结论言之成理。这些结论既深化了中国近代法制史的研究,也发展了地方法制史的研究。

剑锋博士在对宁波近代法制变迁的研究中,并不追求对宁波近代法律史的全面描述,而是力求从一些断面或片段来揭示其变化,这些断面或片段可能是一条律师营业的广告、一则离婚的启事、一份公司的章程、一项法院的裁判、一本警察局的刊物、一部土地登记的条例等。这是一种史论结合,而且颇有“一叶知秋”的灵动之感。当然,这样的研究也存在一定的风险,它需要不断面对新材料的检视。不过,学术不正是在这样的过程中得以不断发展的吗?

剑锋博士的这一研究取得了重要的成果,作为导师,期待并相信他还能不断带来新的研究成果。是为序。

华东政法大学副校长、教授、博士生导师



2010年9月26日



目 录

绪 言	1
第一章 变迁的起点及总体进程	4
一、晚清刑事法律制度的改革及其对宁波的影响	4
二、晚清民事法律制度的改革及其对宁波的影响	7
三、辛亥革命所引起的政治变局	10
第二章 行政法律制度的变迁	13
一、警察行政法律制度	13
二、教育行政法律制度	26
三、司法行政法律制度	32
四、财政行政法律制度	33
五、卫生行政法律制度	33
第三章 土地法律制度的变迁	35
一、土地所有制	36
二、地政制度	39
三、地租制度	41
四、土地登记制度	43
五、土地权利凭证	47
第四章 金融法律制度的变迁	51
一、典当业及其制度	52



二、钱庄业及其制度	58
三、作为民间法的过账制度	67
第五章 司法制度的变迁	86
一、审判、检察体制的沿革	86
二、法院的组成与裁决	89
三、检察机关的组成、职能及工作	93
四、司法信息的公布	97
五、司法经费的匮乏	100
第六章 律师制度的形成和发展	102
一、律师及其业务	102
二、律师的自治组织及其规则	105
三、律师和法制变迁	110
第七章 民间组织和民间法	115
一、工会自治规章和劳资规则	115
二、商会和商事规则	130
三、农会自治规章和田租规则	134
四、同业公会自治规章和营业规则	139
五、绅民和法制变迁	145
第八章 变迁的基础和成因	151
一、变迁的基础	151
二、变迁的成因	168
附 录	176
参考文献	219
后 记	223



绪 言

宁波是《南京条约》签订时确定的五口通商城市之一,是中国较早沦为半殖民地半封建社会的地方,在中国近代史上有着特殊的地位。宁波的法制史尤其是近代法制史是中国近代法制史的重要组成部分,研究宁波近代法制史可以促进对于中国近代法制史的更深入的研究。

宁波是港口城市,对外经济贸易和文化交流密切,也较早受到来自国外的各种影响。异质法律制度和法律文化对宁波法制的影响也值得探究。宁波和上海的关系密切。早年,宁波向上海流入了大量的人才、资本,上海不可避免地受到宁波的影响。及至上海迅速发展,乃至成为远东第一大城市时,宁波又不可避免地受到上海的影响,而上海的法律制度和法律文化本身也已经受到了异质法律制度和法律文化的影响。这些影响是否对宁波近代法制的形成和发展发生作用,也值得探究。宁波地方经济比较发达,在地方经济运行过程中习惯、规则如何形成,这些习惯和规则又如何对地方经济产生影响值得考察。

宁波近代法制变迁研究是继《上海法制史》之后,继续对地方法制史进行研究的尝试,以探究宁波近代法制变迁的基础,提炼其变迁的表现形式,发掘推动变迁的动力,归纳其变迁的成因。以期通过地方法制史的研究来推动和深化中国法制史的研究。

需要说明的是,近代法制意义上的“近代”与近代史意义上的“近代”在时间跨度上并不完全一致。近代法制意义上的“近代”的



起点,应当是清末法律改革。此前,虽然自鸦片战争开始,我国已经进入历史意义上的“近代”,但是,法制还处于中华法系的古代法制时期。近代法制意义上的近代的“终点”也并不是历史意义上的“五四”运动,此后中国历史进入现代,但是法制则仍然属于近代法制。直到新中国成立后,社会主义法制体系逐渐形成。因此,讨论宁波近代法制变迁,基本的起讫点是清末法律改革到新中国成立前。由于着重考察“变”的过程,因此在具体的领域也并不完全拘泥于历史时期。其源头有可能追溯至宁波开埠,其流变则可能并不直叙到宁波解放。以法律制度本身变化的时期为准展开分析。

在研究方法上,采用法律史的研究方法,即法规范(法秩序)与法律事实并重,研究整个法律现象,而不仅仅是法律制度。对法律规范不仅要分析抽象的实定法的具体规定,更要探究这些规范实际运用于个案的情况。不仅要分析制定法,还要探究在民间实际发生规范作用的习惯等。然后,再进一步探究这些规范以及规范在个案中的应用对人民生活产生的影响,形成了什么样的法律文化,在异质文化进入时它又起着什么样的作用。

同时,采用法社会学的方法将法律制度放在整个社会中来进行考察,从而探究它的形成和变迁。在法律现象背后,不仅看到法律规范,还要看到法律事实。综合考察形式的法制和实质的法制,成文的法律规范和实际运行的法律规范,从而将法制史研究进一步推向深入,呈现出来的不仅是书面的、成文的法律制度,也包括根植于社会的、活的行为规范。

在进行法社会学的考察时,要考虑到法是一种地方性知识,同时也要考虑到异质文化的影响。通过宁波近代法制的变迁来考察是否及如何实现对本土法律文化的继受和对外来法律文化的移植或接受辐射。要探究各主要阶层是如何面对变革、如何参与变革的。这其中,哪些是主要的促进力量,又是如何促进的;哪些在一定时期是主要的阻碍力量,又是如何在实践中发展、变化的。最



终,通过大量的史实来求证:对本土法律文化的继受和对外来法律文化的移植或接受辐射是宁波近代法制的变迁的基本途径和条件。

同时,引入西方法人类学关于法及其演变的观点与方法,考察宁波近代这一特定历史时期其内部社会、外部社会包含的生态环境、经济方式、政治制度、文化传统等。立足于地方的族群与习惯,考察地方经济运行的方式、地方的伦理规范,探究政治的影响。从而探寻体现个性的法制变迁的原因。

从写作的内在追求来看,试图以人民的生活为关怀的重心。例如,宁波近代史时期一般庶民的生活情景,普通商人的经营状况,士绅在上层社会和底层社会之间的联结作用等等。包括各社会阶层在利益变革中的合作、对抗和博弈,庶民在面对争议时的处理方式,他们接触司法机构的感受,他们在司法程序上实际所受到的待遇,以及他们又是如何置身于文化碰撞、利益博弈和实力较量中。当然,这并不意味着不去关注、不去探问他们为什么如此、社会为什么会如此。因此,这样的一种考察会在一个宏观的时代背景、政治架构、经济发展和社会结构中进行。同时,也会观察宁波的这些变化和上海等地有何相同或不同之处,又是什么原因形成了这些相同或不同之处。力求处处比较、处处体现宁波的特点。这样最终形成的对于宁波近代法制变迁的描述和归纳将会比较深入,它既是典型的,又是有独特的个性的。



第一章 变迁的起点及总体进程

一、晚清刑事法律制度的改革及其对宁波的影响

在我国传统的诸法合体的法律体系中,刑法一直占据着主导地位。因此,当20世纪初期清政府迫于内外压力而进行法律改革时,刑事法制则首当其冲地迎来了变革。

晚清政府的刑事法制改革首先是采用单行立法的形式,对旧律中存在的弊端予以革除。然而,这种改革的范围和力度毕竟是有限的,它难以释放内外的压力。因此,很快便在沈家本的主持之下着手新刑律的制定工作。1907年刑律第一次草案起草完毕,它分为总则17章,分则36章,共387条^①。

《新刑律草案》于1910年完成后,立即遭到守旧派张之洞等人的激烈反对和猛烈攻击。他们都异口同声指责新刑律蔑弃数千年相沿之礼教。大学堂监督刘廷琛说新刑律不合吾国礼俗者不胜枚举,而最悖谬者莫如子孙违犯教令及无夫奸不加罪数条。他提出:“礼教可废则新律可行,礼教不可废则新律必不可行。”^②提学使劳乃宣在其说贴中提出,“干名犯义”、“犯罪存留养亲”、“亲属相奸”、“亲属相盗”、“亲属相殴”、“故杀子孙”、“杀有服卑幼”、“妻殴夫”、“夫殴妻”、“无夫奸”、“子孙违犯教令”等条款,大



^① 李秀清:《法律移植与中国刑法的近代化》,载何勤华、李秀清:《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》,中国政法大学出版社2003年版,第364—367页。

^② 《清朝续文献通考》卷248,《刑考七·刑制》。

清律都有规定,而新刑律一笔抹杀,“大失明刑弼教之意”,应逐一修入刑律正文^①。沈家本虽提出反驳^②,但终究敌不过守旧派的势力。刑部尚书廷杰于新刑律附加暂行章程五条,主要内容是对于加害皇室以及内乱外患罪加重处刑,无夫奸处刑,亲属有犯不得适用正当防卫等。新旧两派的斗争,以妥协而告终^③。最终由清廷于宣统二年十二月(1911年1月)颁布,是为《大清新刑律》,由总则、分则两编,共53章411条的正文,并附《暂行章程》组成。

《大清新刑律》尽管历经磨难,但是更定刑名、酌减死罪、死刑唯一、删除比附、惩治教育等修律宗旨基本得以保留,从而迎合了当时刑事立法的潮流。然而,未及明定施行日期,清政府即告垮台,因此,在当时并没有得到实施。中华民国成立初期的新旧递嬗之交,急需法律来维持社会秩序,但由于百废待兴,尚不具备很快制定刑法典的条件,于是作为临时应急措施,临时大总统于1912年3月公布令文,明确宣布:“现在民国法律未经议定颁布,所有从前施行之法律及新刑律,除与民国国体抵触各条,应失效力外,余均暂行援用,以资遵守。”4月3日,南京临时政府参议院接受时任司法部总长的伍廷芳的建议而作出决定,包括《大清新刑律》在内的清末起草或颁布的法律,“除与民主国体抵触,应行废止外,其余均准暂时适用。”^④

因为《大清新刑律》移植了近代资产阶级刑法典的体例和原则、内容,才可以在确立了资产阶级政权的民国初期被稍作修改后以《暂行新刑律》的形式得以实施^⑤。辛亥革命以后,浙江等省的

① 《清史稿·刑法一》。

② 《寄文存》,卷八,“书劳提学新刑律草案说贴后”。

③ 瞿同祖:《法律在中国社会中的作用——历史的考察》, http://www.fatianxia.com/paper_list.asp?id=4568(最后访问日期:2006年10月13日)。

④ 谢振民编著:《中华民国立法史》(上册),中国政法大学出版社2000年版,第54—55页。

⑤ 李秀清:《法律移植与中国刑法的近代化》,载何勤华、李秀清:《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》,中国政法大学出版社2003年版,第391页。



省议会或都督府还决议通过了经过《大清新刑律》稍作修改而成的刑法,这是《大清新刑律》在清政府被推翻之后仍产生影响的重要表现之一^①。

1902年清末变法是由于想收回治外法权(英、日、美、葡四国向清政府表示,如中国改良司法,达到“完善”的地步,可以放弃治外法权)。修订法律的诏书中说,应在“参酌各国法律”的基础上修订一部“务期中外通行”的法律。修订法律大臣沈家本和日本顾问冈田朝太郎等所起草的新刑律,完全模仿欧洲法律。这意味着放弃中国几千年的传统,来一个突变,对于旧传统、旧秩序、旧观念冲击之大,以及中国士大夫对此变革之反应的强烈是可以想象的。

从这场斗争中,我们可以充分看出一点:正由于中国传统法律为儒家思想所支配以来,法律一贯重视礼教,维护纲常名教,明刑弼教成为人们所共同遵守的信念,所以违背这种传统的新刑律断不能为卫道之士所接受,遭到了激烈的攻击。清政府于1902年下诏修订法律时虽说应“参酌各国法律”,“务期中外通行”^②,但同时强调,礼教纲常乃“数千年相传之国粹,立国之大本”,“凡我旧律义关伦常诸条,不可率行变革,庶以维天理民彝于不敝。”^③刘廷琛所提出的口号,“礼教可废则新律可行,礼教不可废则新律必不可行”,更反映了这场斗争的焦点。在当时的历史条件下,废礼教是不可想象的事,礼教伦常和法律分别对待的观念,在大多数士大夫心目中,也是不可能形成的。

晚清刑事法律制度的改革对于宁波的影响可以说是非常巨大。但是,由于刑事法律制度的中央立法和其在全国范围内的统一实施,因此,刑事法律制度变革的地方性色彩并不浓厚。申言



① 参见邱远猷、张希坡:《中华民国开国法制史》。

② 《清史稿·刑法一》。

③ 《清朝续文献通考》,卷245,《刑考四·刑制》;卷248,《刑考七·刑制》。

之,宁波近代法制变迁的重点和特色并不体现或并不主要体现在刑事法律制度的变迁上。就刑事法制而言,笔者将会把考察的重点放在刑事司法过程上,以探究争议的解决方式,分析各阶层人士在接触司法机构、进行刑事诉讼时的感受和实际状态,从而以此来分析宁波近代刑事法制变迁的实际进程。

二、晚清民事法律制度的改革及其对宁波的影响

中国历史上的中华法系,并无法律领域的划分,各种社会关系,均由同一法律调整,即学者所谓“诸法合一”。历代封建统治者虽重视法典编纂,但多为刑法之规定。其中涉及民事关系者,如户、婚、钱债等,也以采用刑罚制裁者为限,实质上仍属于刑法规范^①。因此,中国民法是从外国民法继受而来^②。

中国之继受外国民法,始于20世纪初的清代末期。因继受外国民法,在中国创立了一个崭新的民法体系和一个民法学科,使中国的法律制度可能与国际接轨^③。

中国之制定民法典,目的同样在于废除领事裁判权及变法维新^④。1900年八国联军攻入北京,使朝野上下达成共识:中国要

① 关于中国历史上是否有“民法”,学者间意见分歧。肯定中国历史上有“民法”的学者,以梅仲协、杨鸿烈等为代表;否定中国历史上有“民法”的学者,以梁启超、王伯琦等为代表。

② 梁慧星:《中国对外国民法的继受》,http://www.iolaw.org.cn/paper32.asp(最后访问日期:2006年5月10日)。

③ 在中国历史上,维新派人士最早提出通过继受外国法实现“法律现代化”,1898年1月29日康有为《上清帝第六书》,其中指出西方列强攫取我领事裁判权,借口是“我刑律太重而法规不同”,建议设“法律局”,“采罗马及英、美、德、法、日本之律”,制定民法、商法等“我夙无”的法律;在另一篇奏折《请开制度局议行新政折》中说:“若夫吾国法律,与万国异,故治外法权,不能收复。且吾旧律,民法与刑法不分,商律与海律未备,尤非所以与万国交通也”,参见俞江:《清末民法学输入与传播》(未刊稿),转引自梁慧星:《中国对外国民法的继受》,http://www.iolaw.org.cn/paper32.asp(最后访问日期:2006年5月10日)。

④ 中国继受外国民法的目的,在于废除领事裁判权和变法维新,此与日本相同。但领事裁判权,一直到1944年才被废除,因此与民刑法典之制定和诉讼制度之改革,并无直接关联。而变法维新亦未成功,革命党人发动辛亥革命推翻绵延数千年之封建帝制,建立共和国,而最终由中华民国完成民法典之制定。参见王泽鉴:《民法五十年》,载王泽鉴著:《民法学说与判例研究(5)》,台北三民书局1991年版,第4页。

