

中国法律史学文丛

中国近代法制史教程

(1901—1949)

曹全来 著



2012年·北京

图书在版编目(CIP)数据

中国近代法制史教程:1901—1949/曹全来著. —北京:商务印书馆,2012
(中国法律史学文丛)
ISBN 978-7-100-09150-3

I. ①中… II. ①曹… III. ①法制史—研究—中国—1901—1949 IV. ①D929.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 090772 号

所有权利保留。
未经许可,不得以任何方式使用。

中国法律史学文丛
中国近代法制史教程
(1901—1949)
曹全来 著

商务印书馆出版
(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)
商务印书馆发行
印刷厂印刷
ISBN 978-7-100-09150-3

2012 年 月第 1 版 开本 880×1260 1/32
2012 年 月北京第 1 次印刷 印张
定价: 元

序

中华民族在人类文化史上创立了世界法律文化的独特一支——中华法系。中华法系远溯夏商,历经秦汉三国两晋南北朝,至唐代达到鼎盛,与华夏文明同步发展。中华法系汲取了我国本土的儒、法、墨、道等诸家思想,适应了中国古代农业文明的形态,与自然经济、宗法社会和君主政治相为表里。与世界其他法系相比较,中华法系不仅历史悠久,绵延不断,而且独具特色,在维持中国社会的稳定和推动中华民族的进步方面起到了重要作用。

近代中国,中华法系遭遇了前所未有的危机和困境。伴随着中国社会近代化的步伐,中国法律也经历了艰难的近代化历程。中国法律近代化的实质,就是在中国社会近代化的整体框架之内,中国固有法律传统与西方法律文化从对立走向融合,在当时中国社会现实的基础上,在兼顾合理性、适应性、符合统治需要三项基准点上寻求法律平衡,形成一种新的法律传统。从晚清朝廷,到北京政府,再到南京国民政府,历届中国政府和社会精英均为此付出了相当努力,并确立一个全新的“六法体系”。

中国近代法制史和法律近代化问题的研究意义深远。首先,通过系统研究中国传统法律的近代变革,可深入了解在东方文明传统国家实施法律移植和法律近代化的一般规律,探讨在制度变革、社会转型期如何适应新的社会需要而在法律上做出合理、适度的变革节奏。其次,通过研究中国传统法律的近代变革,分析不同的文化要素、价值观念对

于法律变革的影响,探讨如何在保持社会稳定、延续文化传承的前提下,最大限度地实现制度变革和社会进步,为建立既具有科学性、合理性,又符合中国优秀文化传统、符合中国特定国情的法律体系提供历史的借鉴。

近年来,曹全来博士关注中国近代法律问题,并在这一领域颇有心得。本书是作者潜心研究中国近代法律变迁和法律近代化问题的结晶。

朱 勇

2012年2月

总 序

随着中国的崛起,中华民族的伟大复兴也正由梦想变为现实。然而,源远流长,根深者叶茂。奠定和确立民族复兴的牢固学术根基,乃当代中国学人之责无旁贷。中国法律史学,追根溯源于数千年华夏法制文明,凝聚百余年来中外学人的智慧结晶,寻觅法治中国固有之经验,发掘传统中华法系之精髓,以弘扬近代中国优秀的法治文化,亦是当代中国探寻政治文明的必由之路。中国法律史学的深入拓展可为国家长治久安提供镜鉴,并为部门法学研究在方法论上拾遗补阙。

自改革开放以来,中国法律史学在老一辈法学家的引领下,在诸多中青年学者的不懈努力下,这片荒芜的土地上拓荒、垦殖,已历 30 年,不论在学科建设还是在新史料的挖掘整理上,通史、专题史等诸多方面均取得了引人注目的成果。但是,目前中国法律史研究距社会转型大潮应承载的学术使命并不相契,甚至落后于政治社会实践的发展,有待法律界共同努力开创中国法律研究的新天地。

创立已逾百年的商务印书馆,以传承中西优秀文化为己任,影响达致几代中国知识分子及普通百姓。社会虽几度变迁,世事人非,然而,百年磨砺、大浪淘沙,前辈擎立的商务旗帜,遵循独立的出版品格,不媚俗、不盲从,严谨于文化的传承与普及,保持与学界顶尖团队的真诚合作始终是他们追求的目标。遥想当年,清末民国有张元济(1867—1959)、王云五(1888—1979)等大师,他们周围云集一批仁人志士与知识分子,通过精诚合作、务实创新,把商务做成享誉世界的中国品牌。

抗战风烟使之几遭灭顶,商务人上下斡旋,辗转跋涉到重庆、沪上,艰难困苦中还不断推出各个学科的著述,中国近代出版的一面旗帜就此屹立不败。

近年来,商务印书馆在法律类图书的出版上,致力于《法学文库》丛书和法律文献史料的校勘整理。《法学文库》已纳入出版优秀原创著作十余部,涵盖法史、法理、民法、宪法等部门法学。2008年推出了十一卷本《新译日本法规大全》点校本,重现百年前近代中国在移植外国法方面的宏大气势与务实作为。2010年陆续推出《大清新法令》(1901—1911)点校本,全面梳理清末法律改革的立法成果,为当代中国法制发展断裂的学术脉络接续前弦,为现代中国的法制文明溯源探路,为21世纪中国法治国家理想追寻近代蓝本,并试图发扬光大。

现在呈现于读者面前的《中国法律史学文丛》,拟收入法律通史、各部门法专史、断代法史方面的精品图书,通过结集成套出版,推崇用历史、社会的方法研究中国法律,以期拓展法学规范研究的多元路径,提升中国法律学术的整体理论水准。在法学方法上致力于实证研究,避免宏大叙事与纯粹演绎的范式,以及简单拿来主义而不顾中国固有文化的媚外作品,使中国法律学术回归本土法的精神。

何 勤 华

2010年6月22日于上海

目 录

序	朱 勇
导论 中国近代的法制变革	1
一、中国近代法律变革与法律近代化	1
二、中国近代部门法律体系的形成	6
三、中国近代法制史学研究的教学	10
四、本书的研究思路	16
第一章 西学东渐与中国近代法律变革	20
第一节 近代中西文化交流与“西法东渐”	20
一、鸦片战争之前的中西文化交流	21
二、鸦片战争之后的中西关系与文化交流	27
三、西学东渐与“西法东渐”	29
第二节 领事裁判权与近代法律变革思潮的兴起	35
一、领事裁判权及其在近代中国	35
二、领事裁判权对中国近代法律变革的影响	38
第三节 “中体西用”与近代法律变革	40
一、“中体西用”的思想渊源	41
二、张之洞《劝学篇》对“中体西用”思想的发展	43
三、《江楚会奏变法三折》对“中体西用”思想的发展	51

2 中国近代法制史教程(1901—1949)

四、“中体西用”思想的历史影响	53
第二章 中国近代宪法与宪政	57
第一节 清末政局与立宪运动	57
一、日俄战争及南方革命活动对立宪运动的影响	58
二、清末的立宪运动	61
第二节 清末预备立宪(1901—1911)	65
一、《钦定宪法大纲》和《重大信条十九条》	66
二、资政院和咨议局	79
第三节 中华民国时期的宪法与宪政(一)(1911—1928)	88
一、南京临时政府时期的宪法和宪政及其影响	90
二、北京政府时期宪法与宪政运动	104
三、中华民国初期宪政运动的得与失	126
第四节 中华民国时期的宪法与宪政(二)(1928—1949)	130
一、南京国民政府制宪的理论基础与指导思想	130
二、国民政府时期的宪法与宪政运动	142
第三章 中国近代民商事法制	158
第一节 中国传统民事法制	158
一、中国传统民法的基本特点	158
二、中国传统民事法律与民法近代化	167
三、中国近代的社会转型与民商事立法	172
第二节 清末的民商事立法	176
一、清末民法的产生	176
二、《大清民律草案》的立法成就	178
三、清末商事立法	184

第三节 中华民国时期的民商事立法·····	188
一、中华民国北京政府时期的民商事立法·····	188
二、中华民国南京国民政府时期的民商事立法·····	193
三、中华民国时期民商事立法的历史成就·····	194
第四节 中国近代民商事法律习惯调查·····	201
一、民商事法律习惯与民商事立法·····	201
二、法律本土化与近代民商事法律习惯调查·····	203
第四章 中国近代刑事法制·····	213
第一节 《大清律例》与中国传统刑事立法·····	213
一、《大清律例》的产生、内容及其基本特点·····	213
二、中国传统刑事立法的基本特点·····	216
第二节 清末法制改革与刑事立法·····	221
一、清末新刑法的修订过程·····	221
二、《大清现行刑律》——一部过渡性法典·····	223
三、《大清新刑律》——中国第一部近代刑法·····	225
第三节 中华民国南京临时政府与北京政府时期的刑事 立法·····	229
一、南京临时政府时期的刑事立法·····	229
二、北京政府时期的刑事立法·····	230
第四节 中华民国南京国民政府时期的刑事立法·····	231
一、南京国民政府时期刑事法律的发展概况·····	231
二、刑事法律对国际化的追求·····	234
三、刑事法律对本土化的追求·····	236
第五章 中国近代民事诉讼法制·····	239

4 中国近代法制史教程(1901—1949)

第一节 中国传统司法与民事诉讼法制·····	239
一、中国古代民事诉讼法制的发展·····	239
二、中国古代民事诉讼法制的特点·····	244
第二节 清末法制改革与民事诉讼立法·····	256
一、清末过渡性的民事诉讼立法·····	256
二、《民事诉讼律草案》·····	258
三、《各级审判厅试办章程》和《法院编制法》·····	259
第三节 中华民国北京政府时期的民事诉讼立法·····	261
一、中华民国初期的民事诉讼立法·····	261
二、北京政府时期的民事诉讼立法·····	262
第四节 中华民国南京国民政府时期的民事诉讼立法·····	265
一、南京国民政府的民事诉讼立法·····	265
二、南京国民政府民事诉讼立法的特点与原则·····	267
 第六章 中国近代刑事诉讼法制·····	 271
第一节 中国传统司法与刑事诉讼法制·····	271
一、中国传统刑事司法制度的基本特点·····	271
二、司法独立与近代刑事訴訟立法·····	277
第二节 清末法制改革与刑事訴訟立法·····	281
一、《大清刑事民事诉讼法》(草案)·····	281
二、清末其他刑事訴訟立法·····	283
第三节 中华民国北京政府时期的刑事訴訟立法·····	284
一、中华民国南京临时政府时期的刑事司法制度·····	284
二、北京政府时期的刑事訴訟立法·····	285
第四节 中华民国南京国民政府时期的刑事訴訟立法·····	287
一、南京国民政府的刑事訴訟立法·····	287

二、南京国民政府刑事诉讼法律原则	288
第七章 中国近代行政法制	293
第一节 中国传统行政法制	293
一、中国传统行政法制的发展	293
二、中国传统行政法制的特点	296
三、清代的行政法制	300
第二节 清末预备立宪与行政立法	302
一、《钦定行政纲目》和其他行政立法	302
二、清末的行政诉讼法	304
第三节 中华民国北京政府时期的行政立法	306
一、北京政府时期的行政法	306
二、北京政府时期的行政诉讼法	308
第四节 中华民国南京国民政府时期的行政立法	311
一、行政组织、行政执行和行政管理法	311
二、行政法院和行政诉讼法	312
第八章 中国近代法律机构	315
第一节 中国近代的立法机构	315
一、晚清立法机构	315
二、中华民国南京临时政府和北京政府时期的立法机构	320
三、中华民国南京国民政府时期的立法机构	323
第二节 中国近代的司法机构	330
一、中国传统司法机构	330
二、司法独立思想在近代中国的传播与确立	334
三、中国近代司法机构的产生和演变	339

第九章 中国近代法律文化·····	350
第一节 中国近代法律思潮·····	350
一、中国近代的法律变革思潮 ·····	350
二、中国近代的宪政思潮 ·····	361
三、中国近代的人权和法治思潮 ·····	365
第二节 中国近代多元法制·····	374
一、传统法律文化与近代法律文化 ·····	374
二、主流法律文化与非主流法律文化 ·····	376
第十章 中国近代法律教育和法律职业·····	394
第一节 中国近代法律教育·····	394
一、中国古代的法律教育 ·····	394
二、清末法制改革与中国近代法律教育的开端 ·····	396
三、中华民国时期的法律教育 ·····	401
第二节 中国近代法律职业·····	404
一、中国传统司法制度、西法东渐与近代法律职业·····	405
二、清末新政、法律改革与近代法律职业·····	412
三、学堂选官制度、法政教育与近代法律职业·····	416
四、国际法律环境与近代法律职业 ·····	417
附录一 清末、中华民国时期各部门法主要法律(草案)一览表 ···	419
附录二 清末、中华民国时期主要宪法(草案)文本 ·····	421
附录三 征引文献和参考书目·····	518
后记·····	523

附表目录

表 1	清末立宪团体	64
表 2	《钦定宪法大纲》与《日本帝国宪法》(1889 年)条文对照表 ...	72
表 3	中华民国北京政府时期宪法(草案)一览表	105
表 4	中华民国南京国民政府时期宪法性文件一览表	157
表 5	清末、中华民国时期的立法机构	328
表 6	清末、中华民国时期主要中央国家司法机构	348

导论 中国近代的法制变革

一、中国近代法律变革与法律近代化

中华民族是一个历史悠久的伟大民族,在人民的生息繁衍与民族的生存发展中,中华民族曾缔造了光辉灿烂的中华法制文明,孕育了独树一帜的中华法系,为人类法律文化的发展做出了卓越的贡献。

人类历史跨入 18、19 世纪,西方民族国家基本形成,资本主义业已取得长足进展。但是,清政府统治下的中华帝国,却日渐衰微,中华民族从“闷放昂扬之世”,步入“敛抑沉滞之世”。近代之中国,变乱纷呈,险象环生,内忧外患,危机四伏。

中国与西方,本来是两种不同的文明形态,在各自相对固定的地域内生存和发展。近代以来,随着近代科技特别是航海技术的发展,资本主义的扩张,世界各国的距离越来越小,中国与西方的接触就不可避免。从理论上讲,西方的资本主义发展比中国起步早得多,其法律文化也比我国进步。如果双方在文化的接触和交流中采用理性的方式,可能产生理想的效果。然而,令人遗憾的是,中国与西方的接触是以不愉快的方式开始的——鸦片战争。这是武力的方式,暴力的、非理性的方式。由于中西力量与认识的不均衡,必然产生消极的片面的历史影响。需要强调的是,这种影响是双方的,而非单方的。在随后的几十年中,尽管理性的认识在增长,但是由接触之初产生的阴影仍在持续。这种因素极大地妨碍着中西文化在深层上的交流与互动。

1840年,中英鸦片战争的爆发及其后《中英南京条约》的签订,使得清政府面临“三千年未有之变局”。西方法律观念伴随着其武力向中国渗透。一开始,西方国家强迫中国接受一系列不平等条约,开放了条约口岸,这是武力接触的结果。接着西方的其他法律观念逐渐传播到中国来。这种传播包括中国人自己自觉自愿地向西方学习。这个过程被学者称为“西学东渐”。由于中西传统法律观念存在巨大的差异,更重要的是,西方法律传统经历了近代的文艺复兴,经历了启蒙运动的洗礼,在资产阶级革命的支持下,进行了重新改造——西方法律观念对古老的中国产生了极为强烈的冲击。其最为根本的一点,是中国传统法律文化作为一个整体,逐渐成为西方法律文化关照之下被怀疑、被审视、被检讨、被批判的对象。在这样的历史背景下,中国社会各阶级都作出了相应的反应。在法律领域里,概括起来说,一百年中所提出的法律方案中较具典型意义、且付诸实施的主要有六大方案,分别由不同历史时期的太平天国、洋务派、维新派、沈家本及清末法制改革派、孙中山及国民党、根据地时期的共产党等社会群体提出。“中国法律近代化的进程,就是以此六大方案为主要内容”。^①

在中国近代历史的背景下,作为中华法系之基干的中国法律,也面临一次历史性的机遇与挑战。从鸦片战争到民国,中国法律经历了一次前所未有的历史性变革——中国法律近代化。“中国法律在近代的发展、演变,经历了一个艰难、曲折的过程。这一过程的基本内涵,表现为法律的近代化,即废弃传统法律体系,在吸收西方法律理论和法律原则的基础上,确立了具有近代意义的新的法律体系。中国法律近代化,既有法律自身发展的逻辑动因,也有列强各国的外部推动,而最终体现

^① 朱勇:《中国法律近代化导论》,载《中国法律的艰辛历程》,黑龙江人民出版社2002年版,第292页。

为立法者通过对中国传统法律与西方近代法律的比较而对法律体制所作出的新的选择。就时间而言,中国法律近代化,始自清末法制改革,而完成于南京国民政府六法体系的确立。”^①

中国法律近代化事业,起于清末最后十年。清朝末年,由于内忧外患,危机重重,清政府不得不改革自救,由此也揭开了构造中国近代法律体系的波澜壮阔的历史过程。其中,收回治外法权的希望,成为中国政府改造旧法、缔造新的法律体系的历史性契机;清末新政的展开,推动了一个中国历史上前所未有的新的法律部门——宪法的产生与发展;以此为突破,由于清政府的努力,打破“诸法合体”的法典编纂体例,起草了刑法、民法、商法、行政法以及刑事诉讼法和民事诉讼法等,中国近代部门法律体系初具规模。此外,为了配合新式法律组织的发展,清末开始建立法政学堂,培养法律人才。但是由于新政和法律近代化的启动时间不长,清政府即被推翻,故大多数法律尚处于草案阶段,而没有真正成为法律推行下去。尽管如此,清末的法律近代化成果,大多为中华民国北京政府所继承,从而奠定了以后中国建立近代法律体系的基础。清末的法律近代化,体现了“中体西用”的指导思想。所谓“中体西用”,即在处理中西文化关系问题上,采取以中国固有的学术为本体,以西方学术为补充的方式,形成中西文化的比较格局。这一思想是由洋务派的领袖人物张之洞^②提出来的,后来成为清末法律变革的指导思想。即一方面以国际化为法律变革的目标,另一方面,又遵循本土化的路子。清末法律近代化过程中,发生了一次激烈的冲突,即所谓“礼

① 朱勇主编:《中国法制通史》(第9卷),法律出版社1999年版,“绪言”,第1页。

② 张之洞(1837—1909),字孝达,又字香涛,号壶公,晚年自号抱冰老人。直隶南皮(今属河北)人。清末重臣,洋务派首领。1881年任山西巡抚,历任两广总督、湖广总督、代理两江总督,1907年入军机处,并任大学士,兼管学部。著有《劝学篇》等,遗著辑为《张文襄公全集》。

法之争”。^① 礼法之争实际上是中西法律文化在法律变革过程中的冲突,反映了不同的法律价值观念在中国社会内部发生的碰撞。

清末的新政和法律近代化,是以君主立宪为总体方案和宏观目标的。客观地说,这一目标是符合中国悠久的中央集权的政治运行模式和忠君爱国的君主制传统的。然而,由于当时主宰政治变革的是满族——这是一个刚刚从游牧民族过渡到封建社会不足三百年历史的民族。对于这样一个人口不是很多、整体文化水平也不是很高的民族而言,在短短的时间内,实现从原始社会到封建社会的转化,已属难能可贵;若进而再要求其发育出适应资本主义国家的国家治理能力,领导一个人口数百倍于自己的庞大国家,发展资本主义,甚至于超越西方已经比较成熟的资本主义国家,则根本不切实际。因此,清末的政治变革与要求满族放弃政权的狭义民族变革糅合在一起,最终导致满族统治的终结。清末新政的终结,则使中国失去建立君主立宪制度的机会。余下的道路,似乎是民主共和。

中华民国时期,是我国法律近代化发展的关键时期。但是由于种种原因,特别是日本帝国主义的入侵和国共两党的斗争,这一时期取得的“显性”成果最终付诸东流,而“隐形”的法律文化却或多或少得以继承。

中华民国时期的法律近代化,可以分为三个阶段,即南京临时政府时期、北京政府时期和南京国民政府时期。在第一个时期,即辛亥革命胜利,在南京成立临时政府,直到孙中山辞去临时大总统职位。法律近

^① 在清末修律的过程中,围绕新刑律的内容和指导思想方面,清廷内部爆发了一场大辩论。一方以修律大臣沈家本为代表人物,这一派主张用西方近、现代的法律理论来改革中国旧有的法律,并运用西方的法学理论来反驳“礼教派”的观点,因而被称之为“法理派”。另一派以张之洞、劳乃宣为代表,主张中国修律应注重中国传统,新律的内容和指导思想不能偏离中国数千年相传之“礼教民情”,因此被称为“礼教派”。双方主要围绕“无夫奸”和“子孙违反教令”是否为罪等问题展开争论,称为“礼法之争”。