

法学研究生精读书系

(第二版)

2nd Edition

中国法律的 传统与近代转型

The Tradition and Modern Transition
of Chinese Law

张晋藩 著



法律出版社
LAW PRESS



法 学 研 究 生 精 读 书 系

○ **获奖与获评佳作** 《中国法律的传统与近代转型（第二版）》是中国政法大学终身教授张晋藩先生为法学研究生撰写的一部上乘之作。该书于1997年初版，曾被评为司法部“95”期间优秀科研成果一等奖，在学界赢得诸多好评。

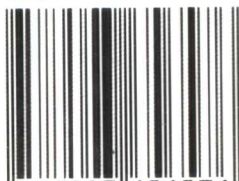
○ **展示中国法律古今的脉络** 本书从多角度研究和剖析了中国法律的悠久传统，极大地丰富了对中华法系的认识，并从理论与实际的结合上，阐述了近代法律的转型，为读者理出了中国法律古今的脉络。

○ **增加近代内容** 此次修订在“传统”部分增加了两个重要问题，在转型部分增加了较大篇幅。

○ **加强可读性** 本书将法律制度与文化和历史人物的活动与重大事件叠现，探讨法律传统特征，具有强烈的历史真实感与可读性。

○ **各界人士掌握与了悟中国法律的必读书** 它是法律史学科考研与考博的必读书；也是学科外人士了解中国法律传统与衍变，领悟现代中国法律精髓的首选佳作。

ISBN 7-5036-5657-3



9 787503 656576 >



独角兽工作室
装帧设计

ISBN 7-5036-5657-3/D · 5374 定价：28.00元

法学研究生精读书系

荣获司法部“95”期间优秀科研成果一等奖

(第二版)
2nd Edition

中国法律的传统与近代转型

The Tradition and Modern Transition
of Chinese Law

张晋藩 著



法律出版社
LAW PRESS

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.—2版.
北京:法律出版社,2005.6
(法学研究生教学书系)
ISBN 7-5036-5657-3

I. 中… II. 张… III. 法制史—中国—研究生—
教材 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 054329 号

法律出版社·中国

责任编辑/王 扬

装帧设计/王际勇 汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/14.25 字数/395 千

版本/2005 年 6 月第 1 版

印次/2005 年 6 月第 1 次印刷

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

咨询电话/010-63939649

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5657-3/1·5374

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



张晋藩 男，汉族，1930年7月出生，辽宁省沈阳市人，现任中国政法大学终身教授，1983年被评为法学教授，中国法制史博士生导师，1988年被评为国家重点学科带头人，1991年享受国务院特殊津贴。曾兼任：国务院学位委员会第二届法学评议组成员，中国法律史学会常务副会长、名誉会长，中国老教授协会副会长、中国法学会理事等。现兼任：中国法律史学会专业顾问、中国教育家协会名誉会长、中国政法大学法律史学研究中心名誉主任。

曾出版《中国法制史》第一卷、《中国法律史论》、《法史鉴略》、《中国古代法律制度》、《中国古代政治制度》、《中华法制文明的演进》、《中国近代社会与法制文明》、《清代民法综论》、《中国宪法史》等二十余部专著。此外还主编了《中国法制通史》十卷本，《清朝法制史》、《中国官制通史》、《中国司法制度史》等十余部专著和教材。并发表了专业论文二百余篇。其中不少已译成英、日、韩等国文字出版。

1986年应邀为中共中央书记处讲授法律课。1996年、1998年两次为全国人大常委会讲授法律课。

前 言

中国是世界著名的法制文明古国,法律的历史可以上溯到公元前三千年左右,而且辗转相承,绵延不断,形成了历史悠久的、特色鲜明的法律传统,傲然自立于世界法律历史之林。它遗留下的丰富资料和提供的宝贵经验,都显示了中华民族对世界法文化宝库的巨大贡献,因而受到国内外法史学界的重视。

中国古代法律在漫长的发展过程中,既有内在的连续性,又有因时因事而异的可变性或转化性,这二者并不是矛盾的。相反,没有可变性的法律传统是僵死的,不可能形成不同历史阶段的特殊风貌。

在统一的多民族的、政治经济文化发展不平衡的古老中国,各地区、各民族都对建设中华民族的法律传统作出了自己的贡献。这中间既有冲突又互相融合,成为一幅异彩纷呈的画卷。这种法律传统上的多样化,也来之于文化上的多源头,儒、墨、道、法各家学说,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。但在多样性中又有着基本的倾向,那就是儒家思想的主导地位,这种基本倾向是由中国深厚的宗法社会的道德理想主义的文化土壤所决定的。

由于中国古代法律传统的内涵极为宽广,而又跨越五千年的时空,因此需要从多侧面、多层次、多角度去研究、概括,以反映其全貌和历史的真相。

研究中国法律传统的目的,是为了正确认识法律如何在发展中不断地完善自己,以及它在社会的进步当中所处的位置和价值,从而把握法律发展的客观规律,借以增强建设社会主义法制的主动性。

传统绝不意味着腐朽、保守;民族性也决不是劣根性。传统是历史

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点,就失去了前进的历史与文化的基础。我们需要从固有的法律传统中,引出滋润了五千年中国的源头活水,需要科学地总结和吸收有价值的因素。经验证明,对传统的反思越深刻、越彻底,越能准确地撷其精华,弃其糟粕,从而创造出反映新时代特色的中华法系。

二

19世纪中叶以后,西方的法文化通过各种渠道输入中国,从此开始了两种法律文化的冲突和逐渐融合的过程。从中外文化交流的历史看,鸦片战争前后是截然不同的。中国古代坚持“夷狄入中国则中国之”的“尊王攘夷”思想。汉唐都表现出了大中国主义。明太祖朱元璋一面讲“华夷有别”,一面讲“四海一家”,前者是实质,后者是雄图。至近代,由于天朝大国的尊严在世界列强的凌虐下已不复存在。为了救亡图存,先进的思想家提出“师夷之长技以制夷”。其后,一部分官僚集团主张“中体西用”,从而为接受西方的文化制造了舆论准备。就法文化而言,中西法文化由冲突、半接受、接受、融合到孕育新的法律文化是一个相当长的过程。

对于西方的法文化,代表不同利益的集团和人士,在态度上是不同的。譬如主持总理各国事务衙门的奕诉,便从实用的角度对翻译国际法极感兴趣;而改良派则是借用西方法文化的理论来改革政体。

由于中西传统文化中价值观的不同,导致了法观念的不同。西方有人认为大一统的东方文明古国——中国是礼治国家,无所谓法。这显然是由法观念上的差异所导致的误解。西方的法观念与权利观念密切联系,在它的指导下,罗马法最发达的部分是调整平权关系的私法。与此相适应的抽象独立的人格、发达的契约关系、平等观念等等,是私法发达的基础和标志。中国传统法观念的核心是刑,其职能主要是“绳顽警愚”,是“防民之具”。在它的指导下,中国古代法律重公权、轻私权,刑法居于各法之上,刑名法律之学是古代法学的代称。所以中国古代法与罗马法的差别在质而不在数量,尽管二者都是发达的形态。

中国古代优秀的法律文化曾经在相当长的时期影响着周边国家和地区的法制建设,可以说对世界法制文明作出了自己的贡献。即使今天,西方的某些思想家在对本国法律文化进行反思时,也注意吸取中国法文化中的优秀传统部分。

在对待中西法律文化的交融上,晚清曾经出现了守旧与图新之争。守旧派把以儒家法律思想为主的传统法律文化,视为中国几千年“相传之国粹,立国之大本”,不允许变革体现传统法律文化的“祖宗之成法”;图新派接受了西方学说,改变了他们的法律价值观念,积极从事变法修律,但在少数人也出现了简单的“拿来主义”的倾向。历史的经验证明:固守传统不可能实现法律的现代化,简单的拿来主义也不等于现代化,更不能完成现代化。无论对传统文化还是外来文化,都有取舍的问题,其标准是有利于社会的进步和符合国情。

如果说晚清修律是中国法律近代转型的开端,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。

本书于1997年由法律出版社出版,现经修订,有所增补,谨请读者批评指正。

张晋藩

2004年12月

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	(8)
(三)引礼入法	(16)
(四)礼法结合	(22)
二、以人为本 明德慎刑	(27)
(一)中国古代人本主义思想的形成与发展	(27)
(二)人本主义思想影响下的中国传统法律	(32)
(三)中国传统法律中人本主义思想的反思	(38)
三、权利等差 义务本位	(42)
(一)立法等差	(42)
(二)司法特权	(47)
(三)义务本位	(50)
四、法尚公平 重刑轻民	(54)
(一)古代思想家关于法律公平的论述	(54)
(二)体现公平的法律原则	(57)
(三)重刑轻民	(68)
五、恭行天理 执法原情	(81)
(一)天理与国法沟通	(81)
(二)国法与人情相合	(84)

(三)天理、国法、人情三者协调统一	(93)
六、法自君出 权尊于法	(95)
(一)先秦的专制王权与法制	(95)
(二)皇权的制度化与法律化	(98)
(三)皇权与法律	(109)
七、家族本位 伦理法治	(116)
(一)家法族规是传统法律的重要组成部分	(116)
(二)家族伦理法的发展进程	(118)
(三)伦理法的具体内容与家长权的法律表现	(121)
(四)家族本位伦理法的社会成因	(128)
八、以法治官 明职课责	(133)
(一)职官的设置与编制	(133)
(二)职官的任免考选	(139)
(三)职官的考课奖惩	(143)
(四)职官的俸禄与休致	(147)
(五)对职官的一般监督和法律约束	(150)
(六)要求官吏依状鞠讯,以法断罪	(158)
九、纵向比较 因时定制	(162)
(一)以前朝为鉴,确定新的法制建设重点	(162)
(二)律典的篇目结构经过比较而不断调整	(165)
(三)立法的内容经过比较更加轻重有分和贴近生活	(173)
十、统一释法 律学独秀	(181)
(一)中国古代律学的发展历程	(181)
(二)清代律学的成就	(193)
(三)中国古代律学的基本特点	(195)
(四)中西法文化的比较	(199)
十一、诸法并存 民刑有分	(204)
(一)法典体例上的沿袭与保守	(204)
(二)法律体系上的“诸法并存,民刑有分”	(209)
十二、立法修律 比附判例	(229)

(一)制定法在传统法律中的地位	(229)
(二)判例法的发展及其作用	(234)
(三)制定法与判例法的相互为用是中华法系的特点和优点	(246)
十三、援法定罪 类推裁断	(249)
(一)成文法的公布引发了援法定罪与类推裁断的争论	(249)
(二)秦汉时期的皆有法式与类推决狱	(251)
(三)科罪具引律文与出罪明轻,入罪明重	(254)
(四)鞠狱分司与援法定罪	(258)
(五)极端专制下的引律与比附	(262)
十四、无讼是求 调处息争	(267)
(一)“无讼”是儒家的理想境界	(267)
(二)以调处息争,实现无讼	(271)
(三)无讼作为中国古代法律传统的根源	(279)
(四)无讼是以逃避讼累为代价	(283)

中国法律的近代转型

一、西方法文化的输入	(289)
(一)鸦片战争前的中国和世界	(289)
(二)西方法文化的输入与中国传统法文化封闭状态的被打 破	(294)
(三)通过翻译和出版,广泛传播近代西方法文化	(306)
(四)国外归来的中国人对西方法文化的介绍	(315)
二、传统法观念的转变	(323)
(一)由固守成法到师夷变法	(323)
(二)由维护三纲到批判三纲	(328)
(三)由盲目排外到中体西用	(331)
(四)由专制神圣到君宪共和	(332)
(五)由以人治国到以法治国	(339)
(六)由义务本位到权利追求	(343)

(七)由司法与行政不分到司法独立	(350)
(八)由以刑为主到诸法并重	(352)
三、转型过程中的法制改革思想与实践	(356)
(一)洋务派的稍变成法,引进西法	(356)
(二)戊戌变法与法制改革	(367)
(三)晚清修律与司法改革	(377)
四、中国法律近代转型的继续推进	(408)
(一)中国法律近代转型持续发展的时代背景	(408)
(二)中国法律近代转型持续发展的思想基础	(409)
(三)中国法律近代转型持续发展的历程与成就	(414)
五、中国法律近代转型的历史价值及经验借鉴	(425)
(一)中国法律近代转型的西方化形态	(425)
(二)中国法律近代转型的取向和历史借鉴	(429)

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 | (8) |
| 3. Inserting Li into Law | (16) |
| 4. Integration of Li and Law | (22) |

Part 2 Treating Human as a Standard, Advocating the Morality and Enforcing Penalty Prudently	(27)
---	---------------

- | | |
|---|--------|
| 1. Formation and Development of Ancient Chinese Humanistic Ideas
..... | (27) |
| 2. Chinese Traditional Law Influenced by Humanistic Ideas | (32) |
| 3. Reflection of Humanistic Ideas in Chinese Traditional Law ... | (38) |

Part 3 Right Differentiated, Duty as a Standard	(42)
--	---------------

- | | |
|-------------------------------------|--------|
| 1. Legislation Differentiated | (42) |
| 2. Judicial Privilege | (47) |
| 3. Duty as a Standard | (50) |

Part 4 Law Advocating Impartiality, Regarding Criminal Law and Despising Civil Law	(54)
---	---------------

- | | |
|--|--------|
| 1. Ancient Thinkers' Discussions on Legal Impartiality | (54) |
| 2. Legal Principles Embodying Impartiality | (57) |
| 3. Regarding Criminal Law and Despising Civil Law | (68) |

Part 5 Following the Logos and Executing Law by Human Relationship	(81)
1. Communication between the Logos and National Law	(81)
2. Combination of National Law and Human Relationship	(84)
3. Harmonic Unification among the Logos, National Law and Human Relationship	(93)
Part 6 Law Deriving from Monarch, Power Overweighing Law	(95)
1. Absolute Kingship and Legal System Before Ch' in Dynasty	(95)
2. Systematization and Legislation of Imperial Power	(98)
3. Imperial Power and Law	(109)
Part 7 Clan as a Standard, Ethical Rule of Law	(116)
1. Regulation of Clan is a significant part of Traditional Law	(116)
2. Evolution of Ethical Law of Clan	(118)
3. Concrete Contents of Ethical Law and Embodiment of Patriarchal Power	(121)
4. Social Causes of Ethical Law Making Clan as a Standard	(128)
Part 8 Regulating Officials by Law, Defining Authorities and Responsibilities	(133)
1. Arrangement Regiment of Officials	(133)
2. Appointment, Removal, Examination and Election of Officials	(139)
3. Inspection, Rewards and Punishment for Officials	(143)
4. Salary and Retirement of Officials	(147)
5. Common Supervision and Legal Restriction for Officials	(150)
6. Requiring Officials to Try by Complaint and to Convict by Law	(158)
Part 9 Historical Comparison, Legislation Following the Times	(162)
1. According to Preceding Dynasties' Experiences and Lessons,	

Confirming the Main Points Constructing Legal System	(162)
2. Rectifying the Structure of Codes Continuously by Comparing	(165)
3. Making the Contents of Legislation Appropriate and Close to Living	(173)
Part 10 Uniform Commentaries on Law, Unparalleled Learning of Law	(181)
1. Evolution of Ancient Learning of Law in China	(181)
2. Some Achievements of Learning of Law in Qing Dynasty	(193)
3. Basic Characteristics of Ancient Learning of Law in China	(195)
4. Comparison of Chinese and Western Legal Cultures	(199)
Part 11 Coexistence of Various Departmental Laws, Differentiation between Civil and Criminal Laws	(204)
1. Continuance and Conservatism in Arrangement of Code	(204)
2. Coexistence of Various Departmental Laws and Differentiation between Civil and Criminal Law in Legal System	(209)
Part 12 Legislating and Amending Statutes, Analogizing Precedent	(229)
1. Status of Statute Law in Traditional Law	(229)
2. Evolution and Function of Case Law	(234)
3. The Reciprocity of Statute and Case Law is the Characteristic and Merit of Chinese Legal System	(246)
Part 13 Convicting by Law and by Analogy	(249)
1. The Proclamation of Statute Law Induced A Controversy about Convicting by Law or by Analogy	(249)
2. Ruling by Law and Convicting by Analogy in Ch'in and Han Dynasties	(251)
3. Convicting by Law and Analogizing	(254)
4. Trying in Various Departments and Convicting by Law	(258)
5. Convicting by Law and Analogizing under Extreme Autarchy	

.....	(262)
Part 14 Pursuing No Suit, Mediating and Terminating Conflicts	
.....	(267)
1. 'No Suit' is the Perfect Realm of the Confucian	(267)
2. Achieving No Suit through Mediating and Terminating Conflicts	
.....	(271)
3. The Root of No Suit as Ancient Legal Tradition in China	(279)
4. The Cost of Pursuing No Suit is to Escape Heaps of Cases ...	(283)

Modern Transition of Chinese Law

Part 1 Import of Western Legal Culture	(289)
1. China and the World before the Opium War	(289)
2. The Import of Western Legal Culture and the Break of Closeness of Chinese Traditional Legal Culture	(294)
3. Transmitting Modern Legal Culture Widely by Translating and Publishing	(306)
4. Introduction of Western Legal Culture from Chinese back from abroad	(315)
Part 2 Change of Traditional Legal Notions	(323)
1. From Adhering to Established Statutes to Learning the Western for Reforming Laws	(323)
2. From Maintaining to Criticizing Three Main-Stays	(328)
3. From Blind Exclusionism to the Chinese qua Fundamentals and the Western qua Instruments	(331)
4. From Inviolable Autarchy to Constitutional Monarchy or Republic	(332)
5. From Ruling by Persons to Ruling by Law	(339)
6. From Duty as a Standard to Pursuing Rights	(343)
7. From Unification of Judiciary and Administration to Independence	

of Judiciary	(350)
8. From Emphasizing Criminal Law to Regarding Various Laws	(352)
Part 3 Ideas and Practices of Reforming Legal Institutions in the Transitional Course	(356)
1. Reforming Established Statutes in a way and Introducing Western Laws by Advocates of Foreign Affairs	(356)
2. Hundred Days of Reform and Legal Reform	(367)
3. Amendment of Statute and Judicial Reform in Late Qing Dynasty	(377)
Part 4 Continuative Progress of Modern Transition of Chinese Law	(408)
1. Time Background	(408)
2. Thought Basis	(409)
3. Course and Achievements	(414)
Part 5 Historical Value and Experiential Reference of Modern Transition of Chinese Law	(425)
1. The Westernizing Modality of Modern Transition of Chinese Law	(425)
2. Tropism and Historical Reference of Modern Transition of Chinese Law	(429)