



近代精神文化系列

法制史话

A Brief History of Legal System in China

李力 著



YZLI0890123284



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



近代精神文化系列

法制史话

A Brief History of Legal System in China



YZLI0890123284



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目 (CIP) 数据

法制史话/李力著. —北京: 社会科学文献出版社,
2011. 10

(中国史话)

ISBN 978 - 7 - 5097 - 2679 - 2

I. ①法… II. ①李… III. ①法制史 - 中国
IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 175853 号

“十二五”国家重点出版规划项目

中国史话·近代精神文化系列

法制史话

著 者 / 李 力

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

责任部门 / 人文科学图书事业部 (010) 59367215

电子信箱 / renwen@ssap.cn

责任编辑 / 梁艳玲

责任校对 / 宋荣欣

责任印制 / 岳 阳

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部

(010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 北京画中画印刷有限公司

开 本 / 889mm × 1194mm 1/32 印张 / 5.5

版 次 / 2011 年 10 月第 1 版 字数 / 98 千字

印 次 / 2011 年 10 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 2679 - 2

定 价 / 15.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社读者服务中心联系更换

 版权所有 翻印必究

《中国史话》 编辑委员会

主 任 陈奎元

副 主 任 武 寅

委 员 (以姓氏笔画为序)

卜宪群	王 巍	刘庆柱
步 平	张顺洪	张海鹏
陈祖武	陈高华	林甘泉
耿云志	廖学盛	

总 序

中国是一个有着悠久文化历史的古老国度，从传说中的三皇五帝到中华人民共和国的建立，生活在这片土地上的人们从来都没有停止过探寻、创造的脚步。长沙马王堆出土的轻若烟雾、薄如蝉翼的素纱衣向世人昭示着古人在丝绸纺织、制作方面所达到的高度；敦煌莫高窟近五百个洞窟中的两千多尊彩塑雕像和大量的彩绘壁画又向世人显示了古人在雕塑和绘画方面所取得的成绩；还有青铜器、唐三彩、园林建筑、宫殿建筑，以及书法、诗歌、茶道、中医等物质与非物质文化遗产，它们无不向世人展示了中华五千年文化的灿烂与辉煌，展示了中国这一古老国度的魅力与绚烂。这是一份宝贵的遗产，值得我们每一位炎黄子孙珍视。

历史不会永远眷顾任何一个民族或一个国家，当世界进入近代之时，曾经一千多年雄踞世界发展高峰的古老中国，从巅峰跌落。1840年鸦片战争的炮声打破了清帝国“天朝上国”的迷梦，从此中国沦为被列强宰割的羔羊。一个个不平等条约的签订，不仅使中

国大量的白银外流，更使中国的领土一步步被列强侵占，国库亏空，民不聊生。东方古国曾经拥有的辉煌，也随着西方列强坚船利炮的轰击而烟消云散，中国一步步堕入了半殖民地的深渊。不甘屈服的中国人民也由此开始了救国救民、富国图强的抗争之路。从洋务运动到维新变法，从太平天国到辛亥革命，从五四运动到中国共产党领导的新民主主义革命，中国人民屡败屡战，终于认识到了“只有社会主义才能救中国，只有社会主义才能发展中国”这一道理。中国共产党领导中国人民推倒三座大山，建立了新中国，从此饱受屈辱与蹂躏的中国人民站起来了。古老的中国焕发出新的生机与活力，摆脱了任人宰割与欺侮的历史，屹立于世界民族之林。每一位中华儿女应当了解中华民族数千年的文明史，也应当牢记鸦片战争以来一百多年民族屈辱的历史。

当我们步入全球化大潮的 21 世纪，信息技术革命迅猛发展，地区之间的交流壁垒被互联网之类的新兴交流工具所打破，世界的多元性展示在世人面前。世界上任何一个区域都不可避免地存在着两种以上文化的交汇与碰撞，但不可否认的是，近些年来，随着市场经济的大潮，西方文化扑面而来，有些人唯西方为时尚，把民族的传统丢在一边。大批年轻人甚至比西方人还热衷于圣诞节、情人节与洋快餐，对我国各民族的重大节日以及中国历史的基本知识却茫然无知，这是中华民族实现复兴大业中的重大忧患。

中国之所以为中国，中华民族之所以历数千年而

不分离，根基就在于五千年来一脉相传的中华文明。如果丢弃了千百年来一脉相承的文化，任凭外来文化随意浸染，很难设想 13 亿中国人到哪里去寻找民族向心力和凝聚力。在推进社会主义现代化、实现民族复兴的伟大事业中，大力弘扬优秀的中华民族文化和民族精神，弘扬中华文化的爱国主义传统和民族自尊意识，在建设中国特色社会主义的进程中，构建具有中国特色的文化价值体系，光大中华民族优秀传统文化是一件任重而道远的事业。

当前，我国进入了经济体制深刻变革、社会结构深刻变动、利益格局深刻调整、思想观念深刻变化的新的历史时期。面对新的历史任务和来自各方的新挑战，全党和全国人民都需要学习和把握社会主义核心价值体系，进一步形成全社会共同的理想信念和道德规范，打牢全党全国各族人民团结奋斗的思想道德基础，形成全民族奋发向上的精神力量，这是我们建设社会主义和谐社会的思想保证。中国社会科学院作为国家社会科学研究的机构，有责任为此作出贡献。我们在编写出版《中华文明史话》与《百年中国史话》的基础上，组织院内外各研究领域的专家，融合近年来的最新研究，编辑出版大型历史知识系列丛书——《中国史话》，其目的就在于为广大人民群众尤其是青少年提供一套较为完整、准确地介绍中国历史和传统文化的普及类系列丛书，从而使生活在信息时代的人们尤其是青少年能够了解自己祖先的历史，在东西南北文化的交流中由知己到知彼，善于取人之长补己之

短，在中国与世界各国愈来愈深的文化交融中，保持自己的本色与特色，将中华民族自强不息、厚德载物的精神永远发扬下去。

《中国史话》系列丛书首批计 200 种，每种 10 万字左右，主要从政治、经济、文化、军事、哲学、艺术、科技、饮食、服饰、交通、建筑等各个方面介绍了从古至今数千年来中华文明发展和变迁的历史。这些历史不仅展现了中华五千年文化的辉煌，展现了先民的智慧与创造精神，而且展现了中国人民的不屈与抗争精神。我们衷心地希望这套普及历史知识的丛书对广大人民群众进一步了解中华民族的优秀文化传统，增强民族自尊心和自豪感发挥应有的作用，鼓舞广大人民群众特别是新一代的劳动者和建设者在建设中国特色社会主义的道路上不断阔步前进，为我们祖国美好的未来贡献更大的力量。

陈奎元

2011 年 4 月



◎李 力

作者小传

李力，1964 年出生。北京大学法学学士、法学硕士，中国政法大学法学博士。曾任中央民族大学法律系副教授、台北“中研院”历史语言研究所客座研究员、日本东京外国语大学 AA 研客座教授。现为中国青年政治学院法律系教授，中国法律史学会常务理事，日本东洋法制史学会会员。研究领域为中国法制史。著有《“隶臣妾”身份再研究》（中国法制出版社，2007）等。

目 录

引 言	1
一 权利本位法律观的形成	7
1. 林则徐、魏源与国际法的传入	7
2. 洋务派的法律观	14
3. 走出国门，寻求真理	18
4. 宪政运动与近代法律观的形成	22
二 部门法体系的建立	35
1. 中西法律的磨合	35
2. 姗姗来迟的清末修律与“礼法之争”	41
3. 有破有立	49
三 从野蛮走向文明	65
1. 轻刑之风的东渐与两种刑罚体系的距离	65
2. 文明之刑的无声撞击	69
3. 从菜市口到天桥	73

四 司法独立的梦想	83
1. 司法独立原则的传入	83
2. 会审公廨的冲击波	87
3. 好梦成“真”	89
4. 时代的强音	91
五 从讼师到律师	95
1. 林铤与洋律师	95
2. 律师与讼师	97
3. 租界中的洋律师	100
4. 轰动一时的“苏报案”与洋律师	102
5. 律师制度的形成	106
6. 民国时期的大律师	107
六 从“画地为牢”到“模范监狱”	113
1. 租界中的洋监狱	113
2. 走出去，请进来	117
3. 沈家本的狱制思想	120
4. 清末民初的监狱立法及监狱改革	122
七 法学研究与法学教育的形成、发展	126
1. 西方法学的东渐	126
2. 从《唐明律合编》到《法学盛衰说》	128
3. 兴学会，推明法理	131
4. 从北洋西学堂到京师法律学堂	133

八 新民主主义革命法制的建设与发展	139
1. 新民主主义革命法制的萌芽与奠基	139
2. 新民主主义革命法制的形成与巩固	143
3. 新民主主义革命法制向全国胜利发展	147
参考书目	152



引言

16 世纪，脍炙人口的《马可·波罗游记》所描绘的富有的东方大国的形象，鼓起了西方殖民者寻找通向东方新航路的风帆。

1553 年，葡萄牙殖民者从里斯本起航，绕过好望角，经印度洋继续东行，入据中国澳门。此后，西方传教士接踵而至。经过半个世纪无数次的尝试，西方传教士最后选择了学术传教的途径。1601 年，利玛窦到达北京，西方传教士叩开中国大门的愿望终于得以实现。基督教继唐代、元代两次传入中国之后，第三次传入中国，从而导致了佛教以后外来文化的第二次大规模输入。以基督教文明为中心的西方文化与中国传统文化开始有了直接接触。

传教士的学术传教方式，客观上为西方文化在中国的传播奠定了基础。但是从总体上看，明末的传教士仅把注意力放在宗教上，当然也有少量的自然科学知识，西方的法律、法学在传教士站稳脚跟之前并未与中国传统法制有过接触，尽管许多传教士本身又是法学家。

直到清初，西方传教士才开始把西方法律、法学带到中国。而最早传入的则是国际法。

据说，大约在 1648 年，来中国传教的意大利传教士马丁·马提尼，曾经将苏阿瑞兹的国际法著作译成中文。

17 世纪初期正是近代国际法在欧洲形成之际。1625 年，第一部有完整体系的国际法著作格劳秀斯的《战争与和平法》的出版，首创了近代国际法的原则、体系，为近代国际法的形成奠定了基础。1648 年的《维斯特伐利亚和约》则标志着近代国际法的形成，其主要原则如主权平等、领土主权平等已经确立。此后，经过半个世纪的实践，直到 17 世纪末叶，欧洲各国才普遍受国际法的约束。可见，当苏阿瑞兹的国际法著作被译成中文时，整个欧洲还没有形成具有普遍约束力的国际法规范。

马丁·马提尼所译苏阿瑞兹的国际法著作，在当时的中国可能并未出版，但这却是中西法律文化的第一次接触，尽管当时的清政府对外来文化持小心翼翼的谨慎态度。

苏阿瑞兹的国际法著作被译成中文一事，像一块很小很轻的碎石扔进一个又深又大的死水潭中，并未激起多少涟漪。不过，当这块碎石落入潭底时却非常意外地产生了微小的冲击。

40 年后，即 1689 年，中国与俄国订立了《尼布楚条约》。这是近代中国与外国所订立的第一个国际条约。无论从缔约谈判的过程，还是从缔结的条约本身

来看，中国都在这次国际交往实践中恰到好处地利用了刚刚知晓的国际法知识。

《尼布楚条约》的正本使用了拉丁文，其写制、签署、盖印和互换都严格遵守了国际惯例。尤其在其中加入法令，这是从《维斯特伐利亚和约》以来条约惯用的办法。这一切都说明，《尼布楚条约》确实受到国际法的影响。事后，中俄双方也都认为该条约是在国际法关于国家主权平等原则基础上订立的。今天的历史学家也是这样评价这个条约的。

虽然在尼布楚外交实践中，中国第一次适用了国际法原则，但是不能以此断定清政府或康熙皇帝已完全接受了国际法。因为从 1689 年至 1839 年的 150 年间，无论是在中国的学术界还是在官方均未发现有人谈及国际法。同时，中国史书对这次谈判的详细过程及条约文本也忽略了。这反映了当时适用国际法并不是自觉的。康熙皇帝派代表团去遥远的边境，以国际法为依据订立条约，也清楚表明他不愿此事引起中国人的注意，不愿因此触犯公众的苦衷。

可见，18 世纪以前，中国传统法律虽然受到了第二次大规模外来文化的冲击，但其影响非常有限。闭关锁国的城墙阻遏了外国法的传入。清政府对外国法从整体上持排斥态度。

此后，随着西方殖民势力的扩张，涉外刑事案件屡屡发生。例如 1772 年，澳门发生一起凶杀中国居民案件，英国人斯高特被控犯有谋杀罪。但由澳门葡萄牙殖民当局组织的法庭却为斯高特开脱罪责，宣判无

罪释放。清政府坚决不承认这一判决，要求将“斯高特案”移交中国政府审理。次年，葡萄牙殖民当局迫于压力不得不将斯高特移交清政府。于是，依据《大清律例》，斯高特被判处死刑。斯高特成为18世纪多起涉外刑事案件中第一个被中国政府依中国法律判处死刑的英国人。随后，乾隆皇帝谕令：今后凡属澳门外国人杀害中国居民案件，罪犯应处斩、绞死刑者，一律由中国地方政府审理，并将案卷报刑部存查，地方官员会同澳门葡萄牙当局依法就地决处凶犯。清政府这一规定，给西方列强尤其英国政府以极大的刺激。中西法律制度的冲突从此拉开了序幕。

1784年11月24日，停泊在广州的英国商船“赫符斯”号在事先未通知船外人员的情况下，从舱眼向外发射礼炮，致使三名中国水手被击中，其中二人不久死亡。次日，清朝官员通知英国大班，速将开炮者送到广州城内受审。但是，英国大班却谎称该炮手已逃走，要求以另一人代为受审，并将地点改在英国商馆内。清政府官员则坚持必须交出凶手。由于英方故意拖延不交，11月27日，广东巡抚孙士毅下令逮捕英国大班，并中断中英贸易，调军队切断其退路，限期交出凶手。11月30日，英方被迫交出一直躲在“赫符斯”号上的炮手。乾隆皇帝随即颁旨，要求查明凶犯，在外国人面前处以绞刑，以示惩戒。经孙士毅会同两广总督舒常等人审讯，并传集十三行外商，该英国炮手被当场处以绞刑。

“赫符斯”号案加剧了中英两国的法律冲突，甚至

对中英两国的外交关系产生了深远的影响。驻在广州的英国大班深深感到中国法律的威胁，却由于经济利益又不能停止与中国的贸易。于是，他们上书英国政府，要求派遣外交使团与中国政府协商解决法律冲突。

1792年，英国国王派遣乔治·马戛尔尼勋爵为特使，率600余人的使团访华。马戛尔尼此行的目的之一，是获得刑事裁判权，也就是由英国人主持对其本国犯人的审讯，中国官员只能在场监督。但遭到了清政府的拒绝。

中英法律冲突的原因之一是两种文化背景之下的法律之间的差异性。在古代中国法律中，“杀人偿命”并株连亲属，被视为天经地义的原则；而在英国近代法律中，虽然“杀人偿命”也成立，但是在判决之前当事人是被推定无罪的，定罪量刑必须由陪审团及法官组成法庭审理。而且罪止其本人并不连带亲属。这种差异性，决定了清政府的封建法制势必与西方近代法制发生冲突。

然而，从另一方面看，作为一个主权独立的国家，清政府要求入境的外国人遵守《大清律例》，本无可非议，尤其18世纪是一个根本没有公认的国际法准则的时代。英国近代的法律固然比大清的封建律例进步、公正，但到中国来的英国人如果据此而侵犯中国主权，不遵守中国法律，甚而提出进一步要求，显然也是毫无道理的。其结果，不仅不能解决问题，反而还会加剧两种法律的冲突。

19世纪初，中国的士大夫从18世纪后半叶的一系