

邱远猷 著

中国近代法律史论



安徽大学出版社

ZHONGGUO JINDAI FALU

LUN

中国近代法律史论

邱远猷 著

安徽大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国近代法律史论 / 邱远猷著. — 合肥: 安徽大学出版社, 2003.1

ISBN 7-81052-614-6

I. 中… II. 邱… III. 法律史—中国—近代
IV. D929.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 084028 号

中国近代法律史论

邱远猷 著

出版发行	安徽大学出版社	经销	全国新华书店
	(合肥市肥西路 3 号 邮编 230039)	印刷	中国科技大学印刷厂
联系电话	编辑部 0551-5106428	开本	850×1168 1/32
	发行部 0551-5107784	印张	12.875
电子信箱	ahdxchps@mail hf ah cn	字数	320 千
责任编辑	曹小虹	版次	2003 年 1 月第 1 版
特约编辑	沙宗复	印次	2003 年 1 月第 1 次印刷
封面设计	孟献辉		

ISBN 7-81052-614-6/K·44

定价 15.00 元

如有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换。

序 一

欣闻邱远猷教授的论文集——《中国近代法律史论》即将出版,援笔为序以示祝贺。

中国是法制文明发达极早的古国之一,中华法系不仅特色鲜明,而且影响深广,为世界学术界所公认。它所内含的深厚的人文底蕴,浩如烟海的法文化资料,以及弥足珍贵的全面而丰富的历史经验,无疑是中华民族宝贵的精神财富和取之不尽的治国理政的智慧之源。

然而至鸦片战争前夜,曾经辉煌一时的中国古代法制,在封建专制制度的长期统治下,已经落后于西方先进的民主与法制。鸦片战争中侵略者的炮火轰开了清朝闭关锁国的大门,随之而来的是民族的噩运、国家的危机、社会的灾难。从此救亡图存、自强自立成为中国近代史上一条主线,也是推动进行政治体制与法制改革的动力。在这个历史大潮中,各阶级、阶层都提出了不同的国家方案和理论根据。先是农民的“天国”方案,及以“天法”取代“地法”的主张。接着是“中体西用”的洋务运动和改良主义的变法维新,以及资产阶级民主派为之奋斗的资产阶级共和国的纲领。这百年为中华民族的复兴,为国家政治体制和法制的近代化所进行的斗争,真正是跌宕起伏,迂回曲折,艰苦卓绝。准确地阐述这一时期的法制历史,科学地总结经验及其规律性,对于指导当前的民主法制建设具有十分重要的意义。诚如先哲所言:“以史为鉴,可知兴替。”

邱远猷教授对这一时期的法制史,潜心研究多年,这部论文集就是他研究成果的集中体现,从中可以看出他的理论修养和卓然不群的学术见解。这部论文集的问世,不仅是法制史花圃中的一株新葩,也是对中国近代史研究的一大贡献。希望邱远猷教授永远保持学术的春天。

张晋藩

2002年5月27日

序 二

远猷同志 1956 年于中国人民大学法律系法制史教研室研究生毕业,即留校从事中国法制史的教学研究工作,后调到中央财金学院和北京师范学院,教中国近代经济史和中国近代史课。再后又在首都师范大学政法学院重操旧业,讲授中国法制史。远猷同志无论在校学习期间或在长期的教学工作中,一贯勤奋好学,刻苦钻研,因而对中国近代法律史、近代史造诣颇深,著述丰厚,先后独撰、合著或主编、参编的专著、教材有 25 部,如《太平天国法律制度研究》、《中国近代官制词典》、《中华民国开国法制史——辛亥革命法律制度研究》、《中国近代史新编(上、中、下)》等。另发表论文 130 多篇,现从中精选出 30 篇,收入《中国近代法律史论》。特别值得强调指出的是作者对于太平天国和辛亥革命法律制度的研究,具有自己的特色。

作者是中国法律史学界研究太平天国法律思想与制度最早和最富有成果的学者。“文革”以前与期中,人们往往对太平天国法律赞誉过高,而“文革”后,又多半对之评价偏低。作者始终坚持历史唯物主义,从历史实际出发,在所写的太平天国有关刑法立法、婚姻立法、经济立法、行政立法等论文中,一方面,肯定其“反封建的进步性”,“在发展农民战争中起到积极作用”,另一方面又指出其“严重封建性”,“在发展农民战争中起着消极破坏作用”。进而从静态研究与动态研究相结合的视角,提出了“农民法制封建化”的全新论断。这也就从法制方面回答了太平天国为何“兴也勃焉,亡

也忽焉”。作者认为,从太平天国法律制度看,仍未超越旧式农民战争顶峰极限,但从法律思想看却闪烁着新时代的火花。此即洪仁玕在《资政新篇》、《立法制诰》中改革法制的主张,提出洪仁玕是“主张中国法律近代化的第一人”的论点,有创见、有说服力。

对辛亥革命法律制度的研究也是如此。在《孙中山、辛亥革命与中国法律近代化》一文,对南京临时政府法律近代化的崭新篇章和全面尝试,进行了系统深刻的论述。《南京临时政府法律浅谈》一文,对具有中国法律近代化开端意义的清末法制改革中颁布的一些法律,如民律草案、新刑律、刑事民事诉讼法草案、法院编制法、商律、违警律等,南京临时政府决定加以批判地继承,认为是必要的正确的,对既成说法“革命不彻底性说”提出质疑。此外,本书还挖掘出一些鲜为人知的史料,如所写的江苏、浙江、重庆、贵州、广西等省区的《临时约法》,都是填补空白之作。

远猷同志现已年届古稀,其工作岗位虽屡有变动,但他对研究中国法律史的韧性和矢志不渝的精神,值得赞赏,特以杜甫的诗句相赠:

老骥知千里,
饥鹰待一呼。

张希坡

中国人民大学法学院法律史教研室

2002年5月

自序

1932年12月8日,我出生在四川资中县高楼乡大湾,一个清贫的知识分子家庭。父亲长期任小学教师、校长。1938年9月,父亲送我进高楼乡小学念书,取学名:远猷。意出晚清思想家魏源的两句话:“大猷之难成也,远猷之多阻也。”1944年9月,考进四川省立资中中学读初中,1947年9月,考进资中县立中学读高中。

1949年冬家乡解放,在新生的学校念完了高中最后一学期。在这期间,我第一次读到印刷粗糙、十分破旧的《中国革命与中国共产党》、《新民主主义论》、《论人民民主专政》、《毛泽东传》四本小册子。这些小册子成了我开始认识中国革命、中国共产党及其伟大领袖毛泽东的启蒙教科书,极大地激发了我的政治热情和求知欲望。

1950年9月,考入四川大学法学院。1952年9月,全国院系调整,合并到西南政法学院(现西南政法大学)。1953年7月毕业。8月我被保送到中国人民大学法律系上研究生,学法制史专业。三年间,我系统地学习了马克思列宁主义、毛泽东思想,国家与法律的理论,中外法制的历史。这为我后来从事中国法制史的教学与研究,确定了坚定不移的专业方向,奠定了较好的业务基础。1956年7月毕业留法律系法制史教研室任教,讲授中国法制史。1960年5月调中央财政金融学院(现中央财经大学)政治理论教研室,1972年7月调北京师范学院(现首都师范大学)历史系中国近现代史教研室,改教中国近代经济史和中国近代史课。

通过一段时间中国近代史的教学与研究,我深深体会到,本来中国法制史,既是法学的一个分支,又是历史学的一门专史,兼具有法学与史学的双重性质,是一个交叉、边缘学科。要搞好中国法制史的教学与研究,既要有深厚的法学理论基础,又要有渊博的历史知识。因此,从事中国近代史的教学与研究,同从事中国法制史的研究,并不矛盾,而且是相辅相成,相得益彰。于是,我把今后长远的学术主攻方向锁定在近代中国。我说的“近代”,是从1840年鸦片战争起,到1949年新中国成立前。时而拓宽研究,就是中国近代史;时而集中研究,就是中国法制史。从20世纪60年代初起,我就是驾驭着这两个“史”轮(一为近代通史,一为近代法史),沿着学术的轨道,奋力前进。

从1964年初起我参加了一年半“四清”,接着是十年“文革”,整整十余年时间,我被迫中断了正常的教学和研究工作。从“而立之年”到“不惑之年”,一生中读书、做学问的最佳时光,白白流失。

1978年党的十一届三中全会的召开,给我们带来了第二个学术春天。先在首都师范大学历史系中国近现代史教研室任主任,讲授中国近代史,后政法系(现为政法学院)成立,转任法学教研室主任,讲授中国法制史。

改革开放20多年来,随着经济的复苏与繁荣,政治的稳定与民主,法制的恢复与健全,生活的改善与提高,我个人的教学和研究也就进入了一个新的阶段。我既为过去流逝的黄金岁月深感惋惜,更为今后的灿烂前景备受鼓舞。我要加倍努力去弥补或延长过去的青春年华。除了认真负责做好教书育人与行政领导工作(有7年兼任校图书馆馆长、校教代会副主席、北京地区高校图工委副主任委员等职)外,我抓紧一切时间,放弃许多节假日休息,勤奋地从事中国近代史与中国近代法制史的再学习、研究与著述。并逐渐形成了两个学术研究重点,即:太平天国及其法律;辛亥革命及其法律。

1977年,“文革”后全国第一个学术团体“北京太平天国历史研究会”成立,我先后被选为理事、常务理事,并任学会主办的《太平天国学刊》(由中华书局出版)编委会编委。1979年,全国“中国法律史学会”成立,我被聘为学会主办的《法律史论丛》编委会编委,后又被选为中国法律史学会理事至今。

改革开放20多年来,我独撰、合著、主编、参编的专著与教材,已出版的有《中国近代史新编》(上、中、下)、《太平天国法律制度研究》、《中国近代官制词典》、《中华民国开国法制史——辛亥革命法律制度研究》等25部;在报刊上发表文章130多篇。其中,中国近代史与中国近代法律史约各占一半。

今年,我年届古稀。有个心愿,拟将在报刊上发表的论文选辑出版,作一总结,向同仁们、亲友们汇报,请求指教。今天,在写书难、出书亦难的现实生活中,全都选辑出版,难以做到心想事成。于是,我计划分两步:先出版中国近代法律史论文集,然后再出版中国近代史论文集。

《中国近代法律史论》,选辑了改革开放以来,我在报刊上公开发表过的近代中国(1840—1949)法律史论文30篇。内容大致为5个方面:(1)鸦片战争时期领事裁判权制度的确立;(2)太平天国法律制度与思想;(3)清末官制、科举制、法制改革;(4)南京临时政府法制;(5)近代宪政思想、宪法、人民争取人权斗争的历史发展。其中,既有法律思想史的,又有法律制度史的;既有政治家、思想家人物,也有法学家人物。通过这些具有时代典型意义的法律思想、法律制度、法律人物的微观分析论述,我们可以从宏观上探索到中国近代法律历史发展带有规律性的东西,洞察到中国法律文化进步的轨迹。例如,中国封建社会是怎样沦为半殖民地半封建社会,法律制度半殖民地化与半封建(半资本主义)化的标志是什么?以儒家宗法伦理法律价值体系为内在精神,以以刑为主、诸法合体的法律结构体系为外部形式的中华法系如何解体,中国传统法律如

何向近代法律转型？太平天国农民政权与法制是如何体现中国儒家传统与西方文化的双重影响，在封建化与近代化的冲突与较量中的成败利钝、经验教训是什么？清末“立宪改官”、修订法律有何历史的进步性与阶级的局限性，在中国法律近代化过程中处于什么样的历史地位？中华民国南京临时政府的法制建设有何成就，为什么说它是中国法律近代化的全面尝试与崭新篇章，法制建设有何进步意义与局限？人民民主政权的新民主主义法制的优越性有何体现，为什么会得到发展，直至取得全国革命的胜利？以上这些问题不仅具有重要的学术价值，将有助于充实中国近代法律史学的内容，而且对于我们今天建设社会主义法治国家，无不具有借鉴的现实意义。这也就是我集结出版这本论文集的初衷。

今天，我已退休，而我的教学与研究工作，却是退而未休。在新世纪里，我将载欣载奔，迎接新挑战，争创新成绩。“老牛明知夕阳短，不用扬鞭自奋蹄”。

本书在出版过程中，得到淮北煤炭师范学院政法系主任蒋传光教授的多方关心。如果没有他的支持、帮助、关心，这本书是难以问世的。在此我谨向他表示衷心的感谢。我还要深深感谢中国政法大学张晋藩教授、中国人民大学法学院张希坡教授多年来在学术上对我的鼓励与帮助，以及为本书作序。

这本论文集，囿于自己的思想水平与学识有限，有些文章又是一二十年前写的，难免存在不足甚至错误。诚恳地欢迎专家和读者多多批评指正。

邱远猷

2002年5月1日

于首都师范大学政法学院

目 录

序一	(1)
序二	(3)
自序	(5)
1.《穿鼻草约》纯属子虚乌有	(1)
2.林则徐禁烟抗英的法律思想	(11)
3.两次鸦片战争期间领事裁判权在中国的确立 ...	(21)
4.论太平天国的刑事法令	(36)
5.太平天国的禁赌禁娼禁毒	(46)
6.太平天国的婚姻立法	(53)
7.太平天国官吏铨选升降制度	(63)
8.太平天国的经济立法	(80)
9.论洪仁玕改革法制的主张	(90)
10.洪仁玕——主张中国法律近代化的先驱	(104)
11.洪仁玕——主张中国法律近代化的第一人 ...	(116)
12.太平天国与晚清“就地正法之制”	(134)
13.梁启超的法治思想	(160)

14. 沈家本与晚清教案	(185)
15. 近代中国科举制度的改革	(196)
16. 论 1906—1911 年清政府的官制改革	(204)
17. 试析《中华民国江苏军政府临时约法》	(231)
18. 辛亥革命时期贵州军政府的成立及其法制建设	(239)
19. 重庆蜀军政府的成立及其法制	(249)
20. 《广西临时约法》初探	(261)
21. 试析《浙江军政府临时约法》	(269)
22. 南京临时政府法律浅谈	(277)
23. 《中华民国临时约法》浅析	(290)
24. 试论《中华民国参议院法》	(296)
25. 南京临时政府的司法制度改革	(305)
26. 孙中山、辛亥革命与中国法律近代化	(320)
27. 中国近代宪政思想的发展	(353)
28. 近代中国宪法史述略	(362)
29. 革命根据地民主政权的反贪倡廉立法	(367)
30. 近百年来中国人民争取人权的斗争	(378)

1.《穿鼻草约》纯属子虚乌有

近年来,随着香港回归祖国日益临近,不少报刊发表了一些有关香港的历史与现状的文章,对于了解香港的历史,把握香港的现状,展望香港的未来,有着重要的学术价值和现实意义,读后使人们受益匪浅,颇受教育。

但是,也有的文章谈到这样一段历史:“当1841年1月20日义律提出四项正式要求时,25日,琦善便在穿鼻洋的海面上,全部接受了这些条件。这就是臭名昭著的《穿鼻草约》。条约的内容为:(1)割让香港予英国;(2)赔款600万银元;(3)两国官吏平等相待;(4)恢复广州通商。”“尽管这个条约还仅仅是个草约,但义律为了造成既成事实,1月21日即迫不及待地公布了。”^①

笔者认为这是沿用了以往中外近代历史学界多年流传的《穿鼻草约》的旧说,忽略了近年来有关香港历史研究的新成果,不符合历史事实。所谓《穿鼻草约》纯属子虚乌有。

一、中英谈判中琦善始终未向义律答应割让香港

历史事实是这样的:1840年6月第一次鸦片战争爆发后,8月15日,英国政府全权代表、侵华军总司令乔治·懿律和英国政府副全权代表查理·义律在天津将英国外交大臣《巴麦尊子爵致中国皇帝钦命宰相书》,交由直隶总督琦善的代表白含章转递清政府。其中,提出赔款及割一岛或数岛的无理要求。8月30日,琦善与义

律在白河口岸举行会谈。9月28日,清廷决定将林则徐、邓廷桢交部严加议处,令林则徐即行来京听候部议,以琦善为钦差大臣署两广总督。

11月29日,琦善到达广州。懿律到广州后不久,即因病回国,由义律继任全权代表,管理外交事务,陆海军指挥权由伯麦接替。12月7日,义律照会琦善,提出赔款、开埠、割地等14条侵略要求。12月11日,琦善复照义律,答应赔款500万两,对其他条款也表示“善为调停”。但对割地一事,琦善则予以拒绝。他说:“只有请给地方一款,实因格于事理。”“若贵公使大臣,必将此一款始终坚执,势必致诸事不能仰邀大皇帝允准”,请“再详细思之”^②。

12月12日,义律照会琦善,明确表示不再要求割地,说:“请给地方一节,据来文称云,已奉大皇帝谕旨,不愿如此办理。即英国原亦不求取地方。”但条件是:除要求赔款700万两外,要求开放3个港口,即广州、厦门、定海,并提出英军将“在外洋红坎山(即香港)暂屯,俟各事善定全完,然后撤回本国”^③。

12月15日,琦善照会义律,重申割地是“天朝从来未有之事,其势断不能行”。至于通商口岸答应奏报朝廷,除广州口岸之外,“另给一个地方作为码头,准许船只前往并运载货物”。但“必须在船上与商人进行交易;他们仍必须遵守成规,不得上岸居住,而且不得随意与居民私自交往”^④。

琦善与义律谈判的这些基本准则,是遵循了道光帝的原则的。在琦善最初给道光帝的奏折中,流露过英国侵略者对香港等地的垂涎,对此道光帝曾有过明确的朱批:“愤恨之外,无可再谕。”^⑤后来琦善在奏折中,报告他答应赔偿烟价和增开通商口岸一处,道光帝又朱批道:这“恰与朕意吻合”、“好”^⑥。当时,道光帝的态度是十分清楚的,其他条件可以让步,但对割地一事,绝不妥协。

侵略成性、贪婪无厌、狡猾奸诈的义律在了解到广州防备虚弛的现状之后,居然出尔反尔,于12月29日,向琦善重提割地问题,

要求“予给外洋寄居一所，俾得英人竖旗自治，如西洋人（按：即葡萄牙）在澳门竖旗自治无异”^⑦。琦善对义律提出的仿照葡萄牙人在澳门之例，不敢贸然答应，并于1841年1月2日照会义律：“查天朝准令外国之人前来贸易，已属大皇帝格外恩施，断无再给地方之理，亦经本大臣爵阁部堂备文照会，并据贵公使大臣来文内，声明不再求地，今何以又有予给寄居一所之语。”^⑧

义律看见琦善态度强硬，十分恼怒，与伯麦于1月5日分别照会琦善，声明“自从本日以后，就拟动兵相战”^⑨。1月7日，英军攻陷虎门海防的第一重门户大角、沙角炮台。

1月8日，义律和伯麦照会广东水师提督、据守虎门炮台的关天培，提出了5条要求，其中第1条就是：“应将现归英国占据之沙角地方，仍留英国官兵据守，给为贸易寄居之所。”并限琦善3日内答复^⑩，1月10日，义律在照会中重申：“所有开载款节，稍毫未能更改。”如果琦善“仍执前见，不允所请，必仍行动兵交争”^⑪。

1月11日，琦善万般无奈，复照会义律，答应代奏“给口外外洋寄居一所”，更换沙角^⑫。

1月14日，义律又照会琦善，把原来要求“外洋寄居一所”改为“尖沙嘴、香港等处”；把原来要求“寄居地”、“竖旗自治”改为“让给英国主治”。义律的侵略要求在升级，妄图迫使清政府割让香港给英国，而不仅仅是作为英人“寄居贸易之所”了^⑬。

1月15日，琦善复照会义律，尖沙嘴与香港两处，只同意“择一处地方寄寓泊船”^⑭。

1月16日，义律复照会琦善，提出“以香港一岛接收，为英国寄居贸易之所”^⑮。此前，1月14日义律照会中提到的“外洋寄居一所”的“香港”，当时还不是“香港全岛”的总称，而是专指香港全岛上的西南一隅。当时香港岛的西北部称“裙带路”，东北部称“红香炉”，中部称“大潭”，东南称“赤柱”，西南有个“香港村”。正因为如此，义律当时的照会提到“寄居”的“境界”，可另行详定。琦善在

1月15日复义律的照会中同意择一地“寄寓泊船”时提到的香港，自然也是指香港岛上的一隅。他为了准备将来与英军“酌定限制”香港一隅，还在1840年12月28日向道光帝的奏折中报告：“至于香港地方，奴才先已派员前往勘丈，俟奉旨准行。”^⑩这里所说的“香港地方”也是指的香港一隅。1841年1月16日义律的照会，显然是得寸进尺，故意把香港一隅变成了香港全岛，侵略扩张的野心昭然若揭。后来，2月26日，两广总督祁埭和广东巡抚怡良向道光帝的奏报中说得更明白不过了：“该夷前求香港与之寄居，意不重在香港，而重在裙带路与红香炉，名则借求香港，实则欲占全岛。”^⑪

二、义律单方面宣布双方议而未定、 更未签字的割让香港的“初步协定”

1841年1月20日，义律照会琦善，表示马上归还沙角、大角，但其所有兵船军师，撤退九龙所近之香港岛地驻扎。同时，义律以向旅华英侨发布“公告”的形式，迫不及待地宣布他与琦善议而未定、更未经双方签字的4条“初步协定”。“公告”声称：“女王陛下的全权公使兹宣告他和英国钦差大臣已经签订了初步协定，其中包括以下各款：(1)香港本岛及其港口割让与英王……”^⑫

这纯属虚构！义律这样做的目的是为了给英国资本主义侵略者武力吞并香港制造“条约根据”。果然，上述“公告”颁布后第5天，即1841年1月25日，英军便在香港岛强行登陆。26日，由侵华英军海军司令官伯麦准将主持了正式占领该岛的典礼。

1月27日，清政府下诏对英宣战。同时，义律把“初步协定”作为《章程草底》，与琦善在狮子洋莲花山下的莲花城，举行第一次秘密签约谈判。义律一开头就出示他拟定的条款，头条便是“香港之岛及港让与英国。”琦善不允，谈判破裂。英方的记载说：“二十