

法律史学研究

第一辑

中国法制出版社

法律史学研究

(第一辑)

中国政法大学法律史学研究中心 主办

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律史学研究/林乾主编. —北京:中国法制出版社, 2004.7
ISBN 7-80182-307-9

I. 法… II. 林… III. 法律-史学-研究-汇编
IV. D913.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 016493 号

法律史学研究

FALU SHIXUE YANJIU

主编/林 乾

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880×1230 毫米 32

版次/2004 年 7 月第 1 版

印张/10 字数/241 千

2004 年 7 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-307-9/D·1273

本册定价:18.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66062741

市场营销部电话:66012216

编辑部电话:66032924

读者俱乐部电话:66026596

邮购部电话:66033288

编辑委员会

名誉主编	张晋藩	朱 勇	
主 编	林 乾		
编 委	张晋藩	朱 勇	李贵连
	高鸿钧	郑 定	林 乾
	刘广安	张中秋	

序

《法律史学研究》是中国政法大学法律史学研究中心主办的学术刊物。它的出版给法律史学（中外法制史、中外法文化史、比较法制史）的研究工作者提供了一个交流心得，切磋学问的园地。期望借此推动法律史学的繁荣发展，扶植中青年法律史学者的成长。

中国作为世界闻名的文明古国，法律的历史源远流长，是中华民族文化宝库中的重要宝藏，曾经在世界法律史学领域居于重要的富有特色的地位。在漫长的中国封建社会里，研究法律史学的律学家代有人出，各领风骚。至20世纪初期，清朝政府在推行“新政”的同时下令修律。由于沈家本等人坚持“参古酌今，会通中外”的修律指导思想，在这以后推动了法律史学研究的近代化。也就是在这一时期，日本学者浅井虎夫、东川德治以及稍后的仁井田陞等，也开始把目光投向中国法律史，并以毕生的精力奋力耕耘这个学术园地，而中国学者程树德、陈顾远、杨鸿烈等人撰著的中国法制史著作，为法律史学的研究和发展打下了较为坚实的基础。

新中国的法律史学经过曲折的发展过程，终于迎来了伟大的复兴。近年来不断开拓研究领域，教学与研究力量迅速成长，学术成果赢得了国内外同行的关注与肯定。但是，法律史学过于博

大精深，许多问题还处于尚待研究的未知阶段，有些虽经涉猎，但语焉不详。尤其对于外国法制史和法文化史的研究有待进一步的充实、提高。至于为当前的法制建设提供科学的历史借鉴，也远嫌不足。正是基于发展法律史学的客观需要和弘扬历久弥新的法文化传统的使命感，我们创办《法律史学研究》刊物，期望法史界的同仁们共同花费心血，浇灌这块学术园地，使它成为法律史学春生花圃中的一株新葩。

张晋藩

二零零四年六月八日

目 录

序	张晋藩 (1)
西学东渐与中国宪政思想的萌发	张晋藩 (1)
中西政法文化的几点比较	崔永东 (10)
宗法制祭祀的继承和家族的变化	(韩) 郑肯植 (43)
中国传统司法的性质及其功能	顾 元 (63)
法史学评论的范式问题	
——徐忠明《思考与批评》读后	刘广安 (82)
明德礼治 天下归心	
——周公法律思想述评	李 鸣 (86)
魏晋南北朝时期的土地立法及其作用	李建渝 (95)
唐代法律关于外国人人身权和财产权的规定	郑显文 (109)
《顺治律》补述	王宏治 李建渝 (125)
关于《户部则例》法律适用的再探讨	林 乾 (144)
儒者之刑名	
——清代地方官员与法律教育	张小也 (173)
清代民间社会的权利与秩序	
——以档案与判牍中妇女再嫁的“聘礼归属”	
问题为中心	吴 欣 (196)
司法理念和社会观念：民国北平地区妇女“背夫	

“潜逃”现象研究	马 钊 (212)
民国政府时期司法独立的理论创意、制度构建与 实践障碍	张仁善 (230)
简析法律监督体制的近代化	刘双舟 (249)
19 世纪朝鲜丁若镛的复仇论 ——以《钦钦新书》(经史要义)为中心	(韩) 李元泽 (268)
法律制度、法律文化、法制文明 ——张晋藩教授对中国法律史研究范式的探索	汪庆红 尚春霞 (285)

西学东渐与中国宪政思想的萌发

张晋藩*

一、西学东渐，中西法文化的冲突

中国是一个地处东北亚大陆资源丰富的国家，自给自足的自然经济长期占据统治地位，经济上的封闭性，决定了政治上的保守性和文化上的排它性，在法文化方面尤其是如此。中国古代的法文化只有纵向的传承、发展，没有横向的比较、吸收，它的确是独树一帜的，但这种独立性也造成了某种孤立性。

在清朝统治时期，当政者盲目地陶醉于“天朝物产丰盈，无所不有”的幻境，坚持闭关自守和排斥与专制文化不相容的西方法文化，坚持祖宗成法不可改变。然而至 1840 年鸦片战争以后，中国开始沦为丧失主权国家的地位，国势日衰，危机重重。为了富国强兵，摆脱民族厄运，一批站在历史潮流前面的先驱者，突破封建的中国中心论，以及“用夏变夷”、“夷夏之防”的羁绊，提出了“师夷之长技以制夷”的口号。随着民族危机的加深，学习西学已经成为爱国主义驱动下的救国方略，这是时代的巨变在政治上、文化上、心理上引起的重大变化，对于抱残守缺的官僚士大夫说来是具有极大震撼力的。

在新的历史背景下，输入西方法文化的阻力已远较过去为小，而输入的媒体已由过去的传教士，扩大到包括西方商人、洋幕宾、

* 作者为中国政法大学教授。

国外归来的游历者、留学生，以及驻外使节等的复杂的群体。输入的途径也打破了教会的垄断局面，形成了出版、翻译、创办报纸刊物等多种渠道。通过高效率的信息传播方式和手段，使西方法文化逐渐为社会各阶层人士所认识、了解和接受。戊戌变法时期，梁启超在《变法通译》一文中便强调说：“必尽取其（指西方国家）国律、民律、商律、刑律等书而译之”。

戊戌变法失败以后，上海商务印书馆继续承担着翻译出版法律书籍的任务，并不断扩大读者群。

晚清为修律而设立的修订法律馆，在引进西方法文化方面，也起了重要的作用。根据清廷“将现行一切律例按照交涉情形，参照各国法律，悉心考订，妥为拟议”^①的上谕，修订法律馆以西方各国现行的部门法和重要的法学著作，作为翻译的对象。不数年间，极大地改变了清廷上下对西方法律文化闭目塞听的状态，不仅为晚清修律提供了法本，而且为建立以宪法为基础的近代法律体系提供了依据。此外，为立宪而设立的宪政编查馆也曾专设“译书处”，根据“择各国政法之与中国法治相宜者，斟酌损益，纂订成书”^②的上谕，“凡各国书籍为调查所必需者，应精选译才陆续编译。”^③从现存有关立宪问题的群臣奏议中，可以看出无论是保守派，还是立宪派，一般都能征引西方的宪政历史和宪法理论来论证自己的观点，这是和宪政编查馆介绍西方宪政知识的努力分不开的。

此外，当时创办的《时务报》、《湘学新报》、《国闻报》，以及后来《清议报》、《新民丛报》等，也都大量刊载和翻译西方涵盖公法和私法的法律、法学著作和文章。

综上所述，19世纪中叶以后译书与新闻事业的发展，冲破了清

① 《大清光绪新法令》第1册，第7页。

② 《清末筹备立宪档案史料》，《设立考察政治馆参酌各国政法纂订成书呈进谕》，中华书局1979年版，第43页。

③ 《清末筹备立宪档案史料》上册，中华书局1979年7月，第50页。

朝专制禁锢下思想文化上万马齐喑的状态，使得当政者和在野的士大夫，开始接触到西方先进的法律和法律学说。如果说中国几千年的法律发展史，基本上是纵向的继受，那么从晚清起则开始了横向的比较。从比较中人们发现，祖宗的成法已经远远落后于世界法律发展的历史潮流，于是先进的中国人逐渐把目光投向了西方世界，并从救亡图存的立场出发，积极地接受西方先进的法文化。

西方法文化的输入，对传统的中华法系是一个尖锐的挑战，同中国传统的法文化也发生了激烈的冲突。还在鸦片战争前，道光皇帝仍然奉行“天不变，道亦不变”的教条，坚持“率由旧章”。因此直到19世纪中叶中国继续完整地保留着固有的封建法律体系和宗法伦理性的法文化。然而，以农业文明为基础的中国传统法文化，与以工商业文明为基础的西方法文化之间有着明显的差异。中国传统法文化重公权轻私权；重刑事轻民事；重家庭轻个人；重人治轻法治；义务轻权利；重论理轻是非；重因习轻革新；重本业轻末业；重华夏轻夷狄。所有这一切都表现出了中国传统法文化的精神实质、理论基础和价值取向，完全不同于西方法文化。因此，在鸦片战争爆发前的一段时间，当中西法文化开始接触时，已经不可避免地产生了矛盾和冲突。鸦片战争以后，中西法文化在广泛的碰撞中所发生的冲突，更以前所未有的激烈形式表现出来。顽固的官僚集团固守成法、反对西法，反映了他们维护旧的法文化的立场。但是中国国情的剧变，也使先进的中国人不仅开始睁眼看世界，要求了解这个世界，并用全新的角度审视西方的法文化。他们开始从器物层面入手学习西学，进而触及制度层面，最终深入到文化层面。这是一个由被动到自觉的过程，是中国法文化史上革旧更新的历史性变化。就在这个过程中，中国前所未有的宪政思想开始萌发。

二、宪政思想的萌发

近代中国有关宪政的思想虽然来自西方，但在价值取向上却又

不同于西方。开明的思想家、政治家是在寻求中国富强之路的探索中，接受西方宪政思想的，因此，中国近代宪政思想的萌发，是和十九世纪七十年代中后期，中国所处的政治历史环境分不开的。自第一次鸦片战争以后，中华民族遭受西方列强的不断侵略，面临着瓜分豆剖的威胁，以至救亡图存，争取国家富强，成为中华民族志士仁人人为之奋斗的目标，也是贯穿中国近代历史的一条主线。中国近代宪政思想的产生与发展，同样是以救亡图存作为动力的。从睁眼看世界，“师夷之长技以制夷”，到洋务派的“中体西用”，再到改良派的君主立宪，是采西学，向西方学习在内容上的某种突破，也反映了清朝朝野上下为应付世变而实行改革的认识的深化。

由于近代中国宪政思想的萌发，是和救亡图存，争取独立富强联系在一起的，特定的国情决定了中国的宪政思想的内涵和目标与西方国家是不同的，是一种特殊的宪政价值追求，它赢得了不同阶级阶层不同程度的支持。宪政救国论，一直影响中国半个多世纪之久。

19世纪60—70年代的中国，封建自然经济结构继续瓦解，由洋务派兴办的军用工业、工矿交通企业，和以官督商办、官商合办为形式的近代民用企业，对中国民族工业的兴起，起了触酶的作用。这个过程虽然缓慢，但由此而引起的社会结构的变化，为宪政思想的产生和发展，提供了物质基础。

中国近代宪政思想的萌发，又是和西学东渐以及洋务文化的发展相关连的。一批主张仿行西方国家的宪政，实行君民共主的激进的官僚士大夫，如王韬、薛福成、何启、胡礼垣、郑观应、马建忠、黄遵宪、郭嵩焘等，都是从洋务派营垒中分化出来的。中法战争以后，他们开始把关注的焦点从仿效西方国家的器物文明转向政体的改良上，因而又与洋务派有所区别，被称为改良派或早期维新派。例如，王韬（1827—1897），在1851年还用传统的封建专制政治的眼

光，批评西方“君民同治”是“立法之大谬。”^①然而1867年以后，他游历了英、法、俄等国，对西方世界经济政治制度有所了解，转而热心于宣传议会制度。他在《变法》和《变法自强》二文中，明确提出了改革君主专制，实行君主立宪的议院制的变法要求，从而把学习西方先进的科学技术、发展民族资本主义工商业，同实行西方进步的民主政治制度联系起来。他把当时的西方国家分为“君主之国”、“民主之国”和“君民共主之国”三类，赞美君民共主之国，“上下相通，民隐得以上达，君惠得以下逮，都俞吁咈，犹有中国三代以上之遗意焉。”^②他认为中国贫弱之源，就在于上下之情不能相通，所谓“揆其由来，即委穷原，参观互证，盖以为上下之情不能相通而已矣”。因此，“欲挽回而补救之，亦惟使上下之情有以相通而已矣。”^③

曾经远涉重洋，考察过西方国家“风俗利病得失盛衰之由”的官商郑观应，在《盛世危言》自序中说：“乃知其治乱之源，富强之本，不尽在船坚炮利，而在议院，上下同心，教养得法。”又说：“议院兴而民志和，民气强”，有了议院，“昏暴之君无所施其虐，跋扈之臣无所擅其权，大小官司无所钟其贵，草野小民无所积其怨”。他批评讲洋务如果只限于模仿西洋器械，而不革新政治，是“遗其体而求其用”，达不到应有的效果。因此他提出：“欲行公法，莫要于张国势；欲张国势，莫要于得民心；欲得民心，莫要于通下情；欲通下情，莫要于设议院。盖五大洲，有君主之国，有民主之国，有君民共主之国，君主者权偏于上，民主者权偏于下，君民共主者，权得其平。”他强调说：如果“中华而终自安卑弱，不欲富国强兵为天下之望国也，则亦已耳！苟欲安内攘外，君国之民持公法以永保

① 王韬：《弢园尺牍》，《与周弢甫征君》。

② 王韬：《弢园文录外编·重民下》。

③ 王韬：《弢园文录外编·达民情》。

太平之局，其必自设立议院始矣！”^①在这里，郑观应以议院为枢纽，进一步发挥了君民共主的思想内涵，并把民富与国强联结起来，成为他一生政治与经济的追求。

与此相类似，陈炽不仅论证了“泰西议院之法，……合君民为一体，通上下为一心”，是“英美各邦所以强兵富国，纵横四海之根源也。”同时，还以美、法、英、日、俄等国为例，作为区分“君主”、“民主”、“君民共主”三种不同类型的政体的典范。他认为君民共主是最理想的政体，可以“合众志以成城也。”即使“敌国外患纷至沓来，力竭势孤，莫能支柱，而人心不死，国步难移，……能胜而不能败，能败而不能亡。”^②

除此之外，陈虬也认为说：“泰西富强之道，在有议院以通上下之情，而他皆所未。”^③马建忠在《上李伯相言出洋工课书》中，不仅阐述了“议院立而下情可达”、“各国吏治异同，或为君主，或为民主，或为君民之国”，而且还初步表述了资产阶级三权分立制度。他说：西方国家“其定法、执法、审法之权分而任之，不责于一身，权不相侵，故其政事纲举目张，粲然可观，……人人有自主之权，即人人有自爱之意。”^④

改良派不仅主张设立议院，实行君民共主的宪政制度，而且还初步设计了议院的组成及选举办法。陈虬主张“略仿周礼”，在“京都设议员三十六人，每部各六，不拘品级任官，公举练达公正者，国有大事，议定始行”；“县各设议院，大事集议而行。凡荐辟刑杀人皆先状其事实正之。”^⑤汤震提出以四品以上官组成上院，四品以下官组成下院，省府州县则以巨绅以至举贡生监（即举人、贡生、

① 郑观应：《盛世危言》卷一，《议院》。

② 陈炽：《庸书》、《议院》。

③ 陈虬：《治平通议》卷六，《上东抚张宫保书》。

④ 马建忠：《适可斋纪言》卷二。

⑤ 陈虬：《治平通议》变法一、变法二。

秀才、监生——作者）参与地方应议的兴革之事。^①何启、胡礼垣从“官者办公事之人也”，“政者属众人之事也”的近代民主观点出发，在力主“开议院以布公平”的同时，强调“行选举以同好恶”。具体办法是县、府、省各设议员六十人，“县议员于秀才中选择其人，公举者平民主之”；“府议员于举人中选择其人，公举者秀才主之”；“省议员于进士中选择其人，公举者举人举之”，各“以几年为期。”有关“地方之利弊，民情之好恶，皆借议员一以达于官。”在他们拟议的“公举法”中，议员虽“举自众人”，但也设定了资格限制，如：“年届三十，并有财产身家，善读书负名望者。”或“男子年二十以上，除暗、哑、盲、聋以及残疾者外，其人能读书明理者，即予以公举之权”，否则“不得出名保举议员。”^②

总括上述，改良派关于设立议院，实行君民共主的思想，不仅是区别于洋务派的一个重要的标志，也是中国十九世纪下半叶兴起的体现时代潮流的宪政新思潮。它的出现是和民族资本主义经济的发展和阶级构成的某种变化分不开的。特别是中法战争以后，清朝专制统治所造成的日益深重的国家灾难和民族危机，使得爱国的官僚士大夫把救亡图存的爱国热情与改革政治的宪政理想联系起来。他们从振兴商务，求得国家富强；反对外来侵略，摆脱民族危机的立场出发，逐渐由仿效西方国家工业生产的技术层面，深入到改革中国的专制政体，实行君主立宪的政治层面。如同马克思主义的经典作家所说：“人们的观念、观点和概念，一句话，人们的意识，随着人们的生活条件，人们的社会关系、人们的社会存在的改变而改变。”^③除此之外改良主义的新思潮，还“具有由它的先驱者传给它，而它便由以出发的特定的思想资料作为前提”^④的。改良派们一则接

① 汤震：《议院》，《危言》。

② 何启、胡礼垣：《新政真诠》二编，《新政论议》。

③ 《马克思、恩格斯选集》第一卷，第270页。

④ 同上书第四卷，第485页《恩格斯致康·施米特》。

受了传统文化中的精华——重民的理念，明确表述了“天下之治，以民为先”，^①“天生民而立君，君者，群也，所以为民也。”^②再则传承了明末清初启蒙思想家黄宗羲等抨击专制主义的传统，并把对专制主义的批判，与民为邦本的思想联系起来，指出“三代以上，君与民近而世治；三代以下，君与民日远而治道遂不古若。”^③至于专制制度下的官僚，更是以“殃民”、“剥民”为能事，真正“卫民”、“为民”者，千百中不过一二而已。何启、胡礼垣满怀愤怒之情地指出：“今之为官者，于利民之事决不为，于害民之事决不肯阻。”^④三则发扬了林则徐睁眼看世界，和魏源对“西土桃花源”的探索精神，把目光投向了更广阔的视野。

由于改良派经历了鸦片战争以后，更为复杂尖锐的矛盾和斗争，涉及的西方文化领域更宽广，占有的资料更丰富，因而使他们有可能提出君民共主的方案，以“通上下之情”来调整君、官、民三者间的关系，做到“上下一心，君民一体”，^⑤“合一国之心以共治，”^⑥实质上是对传统的政治权力进行某种再分配。由此可见，改良派的宪政主张，是中国传统政治文化与西方政治文化初步融合的产物，但是改良派既没有形成系统的观点，更没有付诸政治实践的勇气和魄力，他们虽然对用西方议会制度来改造中国充满信心，但总的认识是肤浅的、朦胧的、有些甚至是错误的。譬如，有人认为议院、选举，中国“古已有之”，甚至提出以清朝专制政府的中枢政要机关军机处，主持上院；以最高监察机关都察院，主持下院。他们所提倡的君民共主，不过是一切取自上裁的君主立宪制而已，期望在这个政体下为地主士绅和资产阶级上层争取一点参政权，开创一个圣

① 王韬：《弢园文录外编·重民中》。

② 陈炽：《格致书院课艺》。

③ 王韬：《弢园文录外编》卷一，第22页。

④ 何启、胡礼垣：《新政论议》、《新政真诠》二编。

⑤ 郑观应：《盛世危言·议院》。

⑥ 王韬：《弢园文录外编·重民中》。

君贤相的政治局面。改良派的宪政思想中，除仿照西方议会制度，建立中国的议会制度外，还介绍了西方国家的宪法对于实施宪政的重要作用，第一次提出了在中国制定宪法的问题。

作为西方国家根本法意义上的“宪法”一词，始见于十九世纪中后期的中国，特别是郑观应已经表达了宪法作为国家根本法的思想，他说：“宪法乃国家之基础，”“宪法不行专制严”，“宪法不行政难变”，^①因此极宜制定宪法。由此可见，改良派为戊戌变法时期维新派提出“开制度局而定宪法”的主张，提供了必要的思想素材，可以说是中国近代宪法史上重要的开篇。

综括上述，从19世纪70年代至90年代中期，民族资本主义有了一定的成长，西学东渐的文化潮流也在进一步地扩展。与此同时，在西方列强不断深入侵略的威胁下，民族危机加深了，社会矛盾激化了，清朝的腐败也理为加剧了。形势的严峻，使得改良派在认可洋务派所主张的承认变局、稍变成法、引进西学、兴办近代企业的同时，目光投射到改革传统的政治制度上来。他们批评洋务派的变法是“小变非大变，貌变而非真变，”^②提出设议院、君民共主，实现政治制度的某种程度的改良。在封建的纲常名教、伦理道德的长期控制下，改良派宣传实行君民共主，的确具有振聋发聩的意义。使得耳目闭塞的中国人，受到了西方宪政的启蒙教育，其影响是深远的。但是改良派的立宪主张较多地停留在笔墨宣传上，而且对宪政的认识也是非常肤浅的，这种“不成熟的理论，是和不成熟的资本主义生产状况，不成熟的阶级状况相适应的”。^③但作为中国近代宪政思想的萌发，自应有其历史的地位。

① 郑观应：《盛世危言后编·自序》。

② 王韬：《弢园文录外编》卷七，《答强弱论》。

③ 《德意志意识形态》，《马克思恩格斯选集》第三卷，第481页。