

◆ 中国法律史研究丛书 ◆

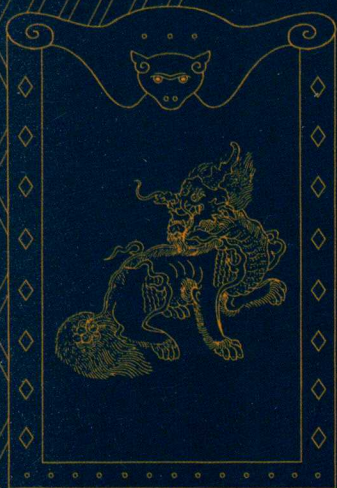
王立民 主编

『西法东渐』与近代中国

寻求法制自主性研究

王立民 练育强 姚远 主编

上海人民出版社



◆ 中国法律史研究丛书 ◆

王立民 主编

王立民

练育强

姚远

主编



『西法东渐』与近代中国 寻求法制自主性研究

上海人民出版社



图书在版编目(CIP)数据

“西法东渐”与近代中国寻求法制自主性研究/王立民,练育强,姚远主编.—上海:上海人民出版社,2015

(中国法律史研究丛书)

ISBN 978-7-208-13020-3

I. ①西… II. ①王… ②练… ③姚… III. ①法制史—研究—中国—近代 IV. ①D929.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 109066 号



“西法东渐”与近代中国寻求法制自主性研究

王立民 练育强 姚远 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 26 插页 4 字数 325,000

2015 年 7 月第 1 版 2015 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-13020-3/D·2693

定价 60.00 元

上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院项目
(基地编号: SJ0709) 资助

国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目
(学科代码: 030102) 资助

主 编	王立民	练育强	姚 远
副主编	高 珣	王 捷	杨 焯
撰稿人	王立民	王 捷	陈婴虹
	林仪民	杨晓波	高 珣
	裴乾坤	练育强	洪冬英
	杨 焯	刘 颖	姚 远

总 序

中国法律史是一门历史悠久的交叉学科。它把法律与历史融合为一体。这在中国古代已是如此。这门学科之所以会久存不衰的一个重要原因在于,法律是中国任何一朝代不可缺少的一种治理方式。早在古代,中国虽然长期推行德治、人治,在理论和实践中都强调礼法结合、德主刑辅,但法律始终没被或缺,都为各朝治国的利器之一。十一届三中全会以后,中国逐渐走向法治,不断推进中国特色社会主义法治建设,法律的地位开始至上,法律的权威日益强化。今后,随着中国社会主义法治建设的不断加强,法律将更显凸出它的作用和魅力。

要改善、完善自己的法律,不可不涉及以往的法律,以便从那里获取值得借鉴的经验和教训。这在中国也是如此。于是,便有无数文人前赴后继,为探究中国法律史呕心沥血,著名者也层出不穷。先秦时期已有诸子百家,先秦以后则更多。中国法律史因此而薪火相传,永不中断。先驱们孜孜不倦追求的精神,既值得我们今天学习,也值得我们如今弘扬。学习、教研中国法律史的学者、专家理应负起自己的责任,有所发现,有所创新,把学习、教研中国法律史作为自己的事业,使之不断进步。

现在,除了借鉴作用以外,学习、教研中国法律史还有其他功能。比如,有教学功能。中国法律史中的法制史是法学专业的核心课程之一。本科学生们要学习法学专业,不学中国法制史课程不行;要学好法学专业,不学好中国法制史课程也不行。它作为法学专业的一门基础课程,其地位已不容置疑。为了教好这门课程,教师负有不断提高自己教学水平的任务。为此,他们必须不断从事中国法律史的研究,通过不断提高自己的学术水平来带动教学水平的提升。随着中国法律史与其他法学课程教学水准的提高,

中国的法学教育也会不断上层次。又比如,有国际交流的功能。随着中国改革开放的深入发展和国际交流的扩大,中国法学界与国外同行间的交流也越来越频繁,其中包括中国法律史学界。目前,美国、德国、日本、韩国等许多国家都有教研中国法律史的学者、专家。他们通过访问、出席研讨会、讲学等多种途径,与中国同行进行交流。这种交流同样具有双向性,只有通过互相交流,切磋学术,才能取得交流的目的。中国的学者、专家只有不断进取,才能有新资本,与国外同行进行富有成效的交流,增进国际间的合作。可见,学习、教研中国法律史还很重要呢。

推出这一丛书,正是为了助繁荣中国法律史研究一臂之力。首先,为繁荣中国法律史提供一块学术园地。中国法律史研究需有自己的园地。这也是一个载体,一个学术性载体。有些中国法律史的研究成果可以通过这一园地面世,丰富中国法律史的研究成果,繁荣这一学术研究。凡是与中国法律史相关的成果,不论是哪个时期,还是哪个领域,都在本丛书范围之列。其次,为一些学者,特别是为青年学者提供一个学术交流平台。中国法律史研究成果的交流也需有平台,本丛书就是一个平台。通过不断出版有关中国法律史的学术著作,与同行们进行学术交流,在交流中使大家的学术水平共同得到提高。青年学者思想敏锐,精力旺盛,产出成果的速度也快,可他们往往苦于发表成果的艰难。本丛书为他们大开方便之门,优先出版他们的成果,为他们提供一个成长平台。最后,为中国法律史的国际交流提供方便。在当前的中国法律史研究中,国际交流显得越来越重要了。中外同行们都可以通过国际间的交流,获得业内的学术研究动态,寻找学术研究的合作者。而且,当今世界的通讯和信息交流手段日益现代化,这种交流显得更为便捷。本丛书的推出,易扩大国际影响,吸引更多国外学者关注本丛书的内容,为国际交流提供方便。

为了实现本丛书的这些目标,丛书稿件的选择特别强调以下四个方面。第一,本丛书的选题是中国的中央法律史。中国的法

律也分层次,有中央法,也有地方法,甚至民间法。本丛书的定位在于中央法,其论述的层次在中央政府法律的层面。中国的中央法律史虽已有不少研究成果,但远远没有穷尽,还有大量值得研究的空间,本丛书可以为弥补这些空间,尽犬马之劳。第二,本丛书的性质是学术专著。本丛书的起点高,以学术专著为限,即为高水准的中国法律史研究成果提供出版机会,教材、资料集等其他中国法律史著作均不在本丛书的考虑之中。这并不意味着这些著作就无学术价值,其实它们也有自己的学术价值,可本丛书的定位及资源决定了其只能安排学术著作,而不是其他著作。第三,本丛书涉及的学科范围包括中国法律思想史及其史学史、中国法制史及其史学史。这些都是构成中国法律史的主要部分,都应纳入丛书之中。从目前情况来看,中国法律思想史学史和中国法制史学史的成果相对较少,是特别要关注的两个方面。第四,本丛书的内容强调创新。学术的价值在于创新,没有创新的学术是没有价值的学术。本丛书是高层次中国法律史学术专著的集合体,内容创新是必要条件,没有创新或创新不明显的著作不会在入选之列。这种创新包括观点创新、论证创新和论据创新等多个方面。总之,一定要保证丛书的质量,做到名副其实。

本丛书的推出,得益于上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究项目(基地编号: SJ0709)和国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目(学科代码: 030102),同时也受益于华东政法大学法律史学科各位同行、专家多年来的呵护和各位作者的支持,在此对大家的关心、呵护和支持表示最为衷心的感谢!

为了办好此套丛书,也冀望广大读者、同行、专家能献计献策,多提供宝贵的意见和建议,不吝赐教。谢谢大家!

王立民于华东政法大学

二〇一一年三月初

前 言

在鸦片战争以后的百余年时间里,随着西法东渐,寻求中国法制自主性的问题显得十分突出。本书拟对其作些探索。

一

自主被认为是自己作主而不受他人支配。^①法制的自主性是法制的一种属性,指法制主体自己决定自己的法制,不受外来力量支配的一种性质。这里的法制主体包括了立法、司法、法律监督等主体。它们分别决定立法、司法、法律监督等领域的事务。这些主体的有机集合,构成法制主体。这里的外来力量是指法制以外的力量。当法制主体不受外来力量的支配、自主行使法制权利的时候,法制自主性才能得到充分发挥和体现。

中国近代的寻求法制自主性由于西法东渐和法制的情况不一,其“寻求”的表现形式也不完全相同,甚至还会有较大差异。当中国的主权受损,中国的领土上建立了非中国自己的法制时,这种“寻求”就强烈地表现为在收回中国主权的时

^① 夏征农主编:《辞海》(下),上海辞书出版社 2000 年版,第 5362 页。

法制自主性。中国各租界、香港、澳门等地的恢复法制自主性就是如此,而且还都与收回中国的主权联系在一起。而在中国主权覆盖区域的法制中,寻求法制的自主性便着重表现为,中国的立法、司法、法律监督等法制主体按照自己的意志开展法制活动,不受外来势力的影响,包括自主地开展立法、司法、法律监督等活动。由于中国近代的法制是以引进西方近代法制为主的法制,因此这一活动亦包括研究、吸收、消化西方近代法制的过程。这在近代中国的各个时期、各个政权里都是如此。在这一过程中,中国的法制自主性始终存在,没有丧失,也不存在要求恢复的问题。中国近代社会是一个多灾多难的社会,西方列强的入侵与中国人民的反侵略始终存在。同时,随着西法东渐,在法制领域就突出表现为法制自主性问题。通过对这一自主性的研究,有利于全面认识中国近代法制和法制近代化过程;有利于反映中国近代法制与古代、当代法制的差异,凸显其特点。可见,其意义不小。

法制自主性与政权的关系十分密切,以政权为自己存在的基础。法制主体是政权的一个组成部分。只有当政权存在时,法制主体才存在;当政权消灭时,法制主体也会消灭。从这种意义上讲,法制自主性以政权的存在为前提,并随政权的产生、变化而产生、变化。当政权建立起来时,法制自主性便产生了;当政权发展时,法制自主性也发展了;当政权受损时,法制自主性就会随之遭到破坏;当政权垮台时,法制自主性也会退出历史舞台。因此,要维护好法制自主性,必须保住政权。这里的政权既包括了中央政权,也包括地方政权。法制自主性既有中央层面的法制自主性,也有地方层面的法制自主性。中国近代长期处在单一制状况下,国家的中央及其地方政权的法制自主性都属于国家的法制自主性。可是,中国近代还在同一时期共存过两个或两个以上不同性质的政权,有的地方存在过不同于国家政权的政权,此时的不同政权都有自己的法制,也都具有了自己的法制自主性。于是,中国的法制自主性便由于政权的多样性而多元化了。鸦片战争以后,先有清

政府与租界的法制及其自主性,以后又产生了太平天国政权,也有了太平天国的法制及其自主性。它们都共存过一段时间,出现了两个以上政权的法制自主性。

在同一地域内,随着政权的变迁,法制自主性就会伴随着这种变迁而转移。只要不出现政权真空,这一地域就不会出现法制自主性的缺失。这在国家、地方层面都是如此。从国家层面看,当旧政权被推翻、新政权建立时,旧政权的法制自主性就转移至新政权的法制自主性,后者取代了前者。当辛亥革命以后,清政府被推翻,中华民国南京临时政府成立,其法制自主性随之产生并取代了清政府的法制自主性。从地域层面看,当新建立的政权占领了这一地域并推翻了其中的旧政权以后,这一地域中的法制自主性便发生了转移,即旧政权的法制自主性退出这一地域,而新政权的法制自主性则进入这一地域。革命根据地人民民主政权的法制自主性就是如此。在中国共产党的领导下,人民通过武装斗争,推翻了革命根据地内国民政府的政权和法制,建立了人民民主政权和法制,人民民主政权的法制自主性便取代了原地域内国民政府的法制自主性。尽管它们的法制性质不同,但法制自主性都存在,只是随着政权的更迭,法制自主性也发生了转移。

如果说法制自主性与政权的关系主要涉及国内范畴,那么法制自主性与国家主权的关系则主要涉足国际领域。在这一关系中,国家主权便是法制自主性的基石,因为国家主权本身就是政权的一种伸延和体现。国家主权存在,法制自主性也存在;国家主权遭到侵害,法制自主性也跟着受损;国家主权丧失了,法制自主性也不复存在。因此,在国际领域,要保护国家的法制自主性,首先要维护好国家主权,不要使其受到侵害,更不能让其丧失。另外,在同一地域,原主权国家的法制自主性受损或部分受损,入侵国家的法制自主性往往会取代或部分取代原主权国家的法制自主性,法制自主性也伴随着这种取代而发生转移,即原主权国家的法制自主性转移为入侵国家的法制自主性。中国的各个租界、香港、澳

门等地域的法制自主性都出现过这样的转移。

与国家的主权相联系,法制具有属人、属地的效力,法制自主性的丧失也可分为属人、属地自主性的丧失。这种情况在一个主权国家的躯体还在,但其身体已百孔千疮的时候,就表现得十分突出。中国的近代时期就是如此。从那时丧失属人的法制自主性来看,领事裁判权的施行使中国法制的自主性对这些具有领事裁判权的有约国人^①丧失,他们可以不受中国法制的管辖而随心所欲。从那时丧失属地的法制自主性来看,中国各租界、香港、澳门等地区内都曾建立过自己的当局和法制,不受中国政府、法制的掌控,中国的法制自主性对这些地区无能为力。这些都与中国主权的部分丧失联系在一起,是这种丧失的一个恶果。要改变这种不利状况,夺回法制自主性,首先必须恢复主权或行政权。

在鸦片战争以前的清朝,中国法制的自主性比较完整。那时的中国外患并不突出,对国家的政权、主权威胁不大,法制主体可以较为自如地行使自己的法制自主性,其中包括可以自主地行使立法、司法和法律监督等权利。比如,自主制定《大清律例》、《大清会典》等法律;自主进行“三法司”会审、九卿会审、朝审、秋审等司法审判;都察院等机构可以自主地进行法律监督等。因此,在鸦片战争以前的清朝,中国法制自主性的问题并不突出。

鸦片战争以后,中国迈入了近代时期,社会发生了较大变化,国力下降,外患逐渐加剧,法制自主性问题显得十分突出,其主要表现是中国的法制自主性不断受损,渐渐弱化。这种弱化主要表现在:一是领事裁判权的确立,使中国的法制自主性遭到破坏。那些有约国人可以不受中国法律的管辖,可以在中国为所欲为,中国的法制对他们无约束力。他们受本国法制的管辖,由领事法庭、领事法院等审判。中国的法制自主性因此而受损。二是西方列强通

① 有约国人是指那些与中国签订过不平等条约而取得在中国领事裁判权的国家在中国的侨民。

过不平等条约,占据了中国的租界、香港、澳门,建立了自己的行政机构和法律制度,这同样使中国的法制自主性受到破坏。西方列强建立了租界,在那里成立自己的管理机构及其法律制度,行使自己的法制自主性。它游离中国的法制自主性之外,也损害了中国原有的一统的自主性。列强通过不平等条约在香港、澳门行使主权,建立了自己的法制,形成了远离中国的法制自主性,并同时也侵害了中国的法制自主性。这些都是中国法制自主性遭到损害的体现。

二

中国因领事裁判权而对那些有约国人失去法制自主性,并使中国法制自主性受损,其直接原因是不平等条约。中国法制自主性第一次遭损是在鸦片战争以后被迫与英国签订的《南京条约》的附件《五口通商章程》。它明文规定,当“英人华民交涉词讼”时,“其英人如何科罪,由英国议定章程、法律,发给管事官照办。华民如何科罪,应治以中国之法”。^①这是领事裁判权在中国的滥觞。从此,中国的法制对在华的英国侨民失效,他们成为民、刑事案件的被告时,中国的法律便对其丧失了管辖权。以后,又有 18 个国家也先后经过与中国签订的不平等条约,同样取得了类似英国的领事裁判权。全小野在 1935 年发表的《撤销领事裁判权之过去与未来》一文中对此作了统计和罗列,这些国家是美国、瑞典、挪威、法国、葡萄牙、丹麦、荷兰、比利时、意大利、秘鲁、巴西、日本、墨西哥、瑞士、西班牙、德国、奥地利、俄罗斯等。^②加上先前的英国,中国的法制自主性一步步遭到损害,涵盖了许多西方列强,这些国家

① 王铁崖编:《中外旧约章汇编》第 1 册,三联书店 1957 年版,第 42 页。

② 何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精粹》第 6 卷,法律出版社 2004 年版,第 247—248 页。

在中国的侨民都变成有约国人。

与取得领事裁判权相配合,西方列强国家纷纷在中国建立自己的司法机构,实现自己的法制自主性,其中包括有领事法庭或领事法院。在中国设立过领事法庭的国家有英国、法国、日本、意大利、比利时、丹麦、荷兰、挪威、西班牙、葡萄牙、瑞典、瑞士、巴西和秘鲁等。美国则在中国设立领事法院,而且有 18 处之多,分散在厦门、安东(今丹东)、广州、长沙、烟台、重庆、福州、汉口、哈尔滨、张家口、沈阳、南京、上海、汕头、天津、济南、青岛和云南等地方。^①它们都自成体系,适用本国的法律,不受中国法制的统辖,中国因此而对这些有约国人失去了法制的自主性。

外国列强取得领事裁判权并使中国丧失对其的法制自主性以后,就产生了一些弊端。耿习道在 1930 年发表的《治外法权与领事裁判权》一文中,专门对因这一权利而给中国带来的“弊害”作了罗列和说明。它们破坏了中国国家最高主权的法权;扰乱了地方治安,如外人(指有约国人)在中国贩卖鸦片,私运军火,伪造钞票,贻祸中国社会;领事不懂法律,他的本国只差他来照应侨民的商业,并不问他是否具有法律的知识;适用法律太繁杂,他的判决使所在国当事人莫名其妙;领事偏袒外人,所在国人民的权利易受侵害;诉讼不易进行,证据容易消灭,共犯易漏网,多夜长梦多的互讼等。^②5 年以后,赵颐年在《撤废领事裁判权回顾与前瞻》一文中叙述了领事裁判权“不利于中国”的六个方面,对《治外法权与领事裁判权》的有些内容作了补充。补充的内容包含:外人在中国领域行使司法权侵害了中国主权,也违背了近代刑法属地主义原则;领事裁判权是片面的权利与义务,有害于中国国际平等的地位等等。^③从实际情况看,也确有一些案件因领事裁判权而没能公正处理,其

① 孙晓楼、赵颐年:《领事裁判权问题》(下),商务印书馆 1936 年版,第 185—201 页。

② 何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精粹》第 6 卷,法律出版社 2004 年版,第 178 页。

③ 同上书,第 258 页。

中包括上海的五卅惨案、四川万县案和长江一带外轮水手惨杀华人案等。郭卫在1931年发表的《领事裁判权于我国之现状》一文也对此作了专门研究,并得出结论:“吾国人生命财产,处处供其蹂躏与牺牲,而吾国法律,不能为吾国人保障,究其原因,实由领事裁判权为之后阶也。”^①这些研究成果都较为客观地反映了领事裁判权侵害中国法制自主性后带来的不利后果,也为废除领事裁判权和恢复中国法制自主性营造了理论、舆论氛围。

中国社会各界为废除领事裁判权、恢复法制自主性作出了努力。中国的许多学者研究了在华领事裁判权,认为要废除西方列强在华的这一权利。耿习道在《治外法权与领事裁判权》一文中表达了废除领事裁判权的决心,提出:“必须取消领事裁判权,不达到目的不休,以洗弱小国家的耻辱,保障人类间的公理、人道、正义。”^②赵颐年在《撤废领事裁判权回顾与前瞻》一文里也显露出这样的决心,坚决主张“撤废领事裁判权”。^③郭卫在《领事裁判权存于我国之现状》一文内充满了废除在华领事裁判权的信心,认为只要经过大家的共同努力,一定能达到废除的目的,即“若我国人能努力奋进,即不难告厥成功”。^④中国的有些组织也为废除领事裁判权做了工作。1929年4月中华民国律师协会召开会议,宣传收回领事裁判权,激发了大家收回这一权利的爱国之心。“惟幸宣传所过,民众对于领事裁判权,莫不皆裂,誓死反抗,是证我民族精神之不可侮,虽强权终不能使其服也。”同月,上海律师公会也举行了类似会议,竭力主张废除领事裁判权。会上还专门提出议案,说“在上海一域,仍有人类不能忍受之领事裁判权,乃观审会审制度继续存在,割裂我法权,侮辱我民族,莫此为甚”,因此必须尽快废除。^⑤

① 何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精粹》第6卷,法律出版社2004年版,第276页。

② 同上书,第182页。

③ 同上书,第272页。

④ 同上书,第278页。

⑤ 王申:《中国近代律师制度与律师》,上海社会科学院出版社1994年版,第103—104页。

根据地人民民主政权一贯不承认不平等条约,并以此为出发点来废除领事裁判权,维护自己的法制自主性。土地革命战争时期,中央根据地人民民主政权在1931年和1934年召开的中华苏维埃第一、二次全国代表大会通过的《中华苏维埃共和国宪法大纲》、修订的《中华苏维埃共和国宪法大纲》中,都规定不承认一切不平等条约,以此来否认领事裁判权。“中国民族的完全自主与独立,不承认帝国主义在华的政治上经济上的一切特权,宣布一切与反革命政府订立的不平等条约无效。”^①有的地方根据地人民民主政权在其纲领中则更明确规定要撤销、取消领事裁判权。湘鄂赣区革命根据地于1929年颁行的《湘鄂赣区革命委员会革命纲领》中规定,要废除一切不平等条约,“撤销领事裁判权”。^②江西根据地人民民主政权公布的《江西省苏维埃临时政纲》里也有相似的规定。^③根据地人民民主政权在废除领事裁判权、恢复法制自主性问题上,立场坚定,态度坚决。

中国政府也曾为废除领事裁判权、恢复法制自主性作出过努力,其中包括清政府、北洋政府和南京国民政府。领事裁判权实施以后,清政府从实践中体会到领事之裁判不公,于是在自1902年以后再与这些列强签订新条约时,便透露出要废除的意向。比如,1902年签订的中英《续议通商行船条约》里就有这种意向。它规定:“中国除欲整顿本国律例,以期与各西国律例改同一律,英国先愿尽力协助,以成此举。一俟查悉中国律例情形及其审判办法及一切相关事宜皆臻妥善,英国即允弃其治外法权。”^④可是,这仅停留在文本上而已。北洋政府在第一次世界大战以后,派代表出席巴黎和会。中国代表在会议上提出要废除领事裁判权,却遭

① 韩延龙、常作儒编:《中国新民主主义革命时期根据地法制文献选编》第1卷,中国社会科学出版社1981年版,第10、14页。

② 同上书,第22页。

③ 同上书,第30页。

④ 王铁崖编:《中外旧约章汇编》第2册,三联书店1959年版,第109页。

拒绝。^①南京国民政府执政以后,在国力逐渐提升的同时,也加大了要求废除领事裁判权的力度并取得一些成效。在1928年到1930年间,先后有苏联、德国、奥地利、墨西哥等国家撤废了在中国的领事裁判权。^②

1941年12月太平洋战争爆发,废除在华领事裁判权的努力出现实质性的转机。英美两国为了扩大反法西斯阵营的力量,拉拢中国进一步抗日,在1942年表示愿意放弃在华领事裁判权并于1943年签订相关协定,正式放弃了这一权利。此后,其他一些国家也先后仿效,中国的司法主权渐渐收回,法制自主性也因此而得到了恢复。^③

三

如果说,领事裁判权主要是中国法制在属人方面丧失其自主性,即对在华有约国人失去了法制自主性;那么,在租界则是中国法制在属地方面丧失其自主性,因为它使中国法制自主性所覆盖的地域缩小,租界被排斥在外了。产生租界的一个直接原因也是不平等条约。首个这样的条约是中英《南京条约》及其附件《五口通商附粘善后条款》。《南京条约》规定:“自今以后,大皇帝恩准英国人民带同所属家眷,寄居大清沿海之广州、福州、厦门、宁波、上海等五处港口,贸易通商无碍;且大英国君主派设领事、管事等官住该五处城邑,专理商贾事宜。”^④《五口通商附粘善后条款》进一步规定,英国人到这5个城市居住,“中华地方官必须与英国管事官各就地方民情,议定于何地方,用何房屋或基地,系准英人租

① 何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精粹》第6卷,法律出版社2004年版,第260页。

② 同上书,第263页。

③ 张仁善:《论民国时期收复司法主权的法理抗争》,《法学》2012年第2期。

④ 王铁崖编:《中外旧约章汇编》第1册,三联书店1957年版,第31页。