

晚清法制改革的

规律性探索

法律观念更新的程度和立法机构创设的作用，是法制改革能否进行和成功大小的前提和关键。这在一定意义上，就是晚清法制改革为我们提供的具有规律性价值的启示。也是晚清法制改革虽不能完全成功却取得部分成就并对中国法律的现代化产生了深远的历史影响的重要原因。

刘广安等著



中国政法大学出版社

013050941

D929.52

14

晚清法制改革的规律性探索

刘广安 等著



D929.52
14



北航

C1657737



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (C I P) 数据

晚清法制改革的规律性探索 / 刘广安等著. —北京: 中国政法大学出版社, 2013. 6

ISBN 978-7-5620-4758-2

I. ①晚… II. ①刘… III. ①司法制度—体制改革—研究—中国—清后期 IV. ①D929.52

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第115325号

- 书 名 晚清法制改革的规律性探索
WANQING FAZHI GAIGE DE GUI LUXING TANSUO
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 720mm×960mm 16开本 23.375印张 400千字
- 版 本 2013年6月第1版 2013年6月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4758-2/D·4718
- 定 价 69.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

前

P R E F A C E

言

2007年夏，张晋藩先生安排我申报《晚清法制改革的规律性探索》的课题。原想系统整理晚清法制改革的档案史料，因课题成员工作变动未能如愿。中检报告时，重组课题成员，重拟专题进行研究，突出了法律观念的更新与立法机构的创设对晚清法制改革的影响的主题。法律观念的更新为晚清法制改革提供了理论基础，立法机构的创设为晚清法制改革提供了制度保障。但由于晚清人士法律观念更新的程度不同，立法机构发挥的作用有别，造成了晚清法制改革的曲折性和复杂性。探索晚清法制改革的历史，可以认为，法律观念更新的程度和立法机构创设的作用，是决定法制改革能否进行和成功大小的前提和关键。这在一定意义上，就是晚清法制改革为我们提供的具有规律性价值的启示，也是晚清法制改革虽不能完全成功却取得部分成就并对中国法律的现代化产生了深远的历史影响的重要原因。

本课题的作者与分工：

刘广安，教授，博士生导师，现在中国政法大学法律史学研究院工作。本课题主持人，负责提纲拟定与统稿工作，撰写晚清时期对法典与法律体系的认识、晚清时期对宪法的认识。

李凤鸣，法学博士，副教授，现在南京工业大学法律与行政学院工作。撰写晚清时期对诉讼法的认识。

陈新宇，法学博士，副教授，现在清华大学法学院工作。撰写晚清时期对刑法的认识。

陈煜，法学博士，副教授，现在中国政法大学法律史学研究院工作。撰写修订法律馆与晚清法制改革。

韩冰，法学博士，副研究员，现在中国社会科学院世界经济与政治研究所工作。撰写民法原则在晚清的确立与影响。

江兆涛，法学博士，讲师，现在宁夏大学政法学院工作。撰写习惯调查与晚

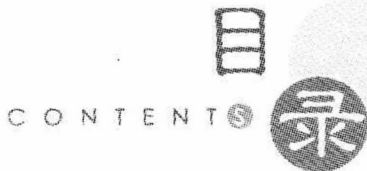
清法制改革。

戴馥鸿，法学博士，讲师，现在成都大学政治学院工作。撰写宪政编查馆与晚清法制改革。

石璠，讲师，中国政法大学2011级博士生，现在东莞理工学院政法学院工作。撰写晚清时期对民法的认识。

刘广安

2012年12月于京华



C O N T E N T S 录

前 言	(1)
第一章 法律观念的更新与晚清法制改革的推行	(1)
一、晚清时期对法典与法律体系的认识	(1)
二、晚清时期对宪法的认识	(10)
三、晚清时期对刑法的认识	(25)
四、晚清时期对民法的认识	(47)
五、晚清时期对诉讼法的认识	(75)
第二章 修订法律馆与晚清法制改革	(103)
一、修订法律馆的设立——从刑部律例馆到修订法律馆	(103)
二、修订法律馆的组织结构	(110)
三、修订法律馆的修律宗旨	(114)
四、修订法律馆的修律方法	(123)
五、修订法律馆的主要成果	(147)
第三章 宪政编查馆与晚清法制改革	(162)
一、宪政编查馆的基本情况	(162)
二、宪政编查馆与清末立宪	(187)
三、宪政编查馆与清末修律	(221)
第四章 习惯调查与晚清法制改革	(250)
一、习惯调查：晚清法制改革中的本土化诉求	(250)
二、修订法律馆之习惯调查	(256)
三、宪政编查馆之习惯调查	(268)
四、习惯调查对晚清法制改革之影响	(289)



第五章 民法原则在晚清的确立与影响 ·····	(301)
一、《大清民律草案》确立的民法原则·····	(301)
二、民法法源及其适用原则的确立与影响·····	(306)
三、诚实信用原则的确立与影响·····	(312)
四、所有权绝对原则的确立与影响·····	(319)
五、契约自由原则的确立与影响·····	(333)
六、过错责任原则的确立与影响·····	(346)
 主要参考文献 ·····	 (365)

第一章

法律观念的更新与晚清法制改革的推行

一、晚清时期对法典与法律体系的认识

(一) 晚清时期对法典的认识

法典一词在中国古代法律文献中很少出现。《孔子家语·五刑》：“礼度既陈，五教毕修，而民犹或未化，尚必明其法典，以申固之。”此文献中所说的“法典”，是法令典章的简称，是以刑法禁令为主的单行法令的汇编，与近代意义的严密的系统性的法典很不相同。在《法经》基础之上发展演变形成的律典，具有贯穿律文的总则，是组织严密的系统性的立法文件，与近代意义的法典较为接近。但律和典在古代法律文献中很少组成一个词连用。

近代意义的法典概念，是在晚清西学东渐之后逐步使用的。严复在1904年至1909年翻译的孟德斯鸠的《法意》中，较早使用了近代意义的法典概念。严复在该书第一卷“法律通论”中，写下了一段著名的按语：“西人所谓法者，实兼中国之礼典。中国有礼、刑之分，以谓礼防未然，刑罚已失。而西人则谓凡著在方策，而以令一国之必从者，通谓法典。至于不率典之刑罚，乃其法典之一部分，谓之平涅尔可德，而非法典之全体。故如吾国《周礼》、《通典》及《大清会典》、《皇朝通典》诸书，正西人所谓劳士。若但取秋官所有律例当之，不相侔矣。”^[1]在严复看来，西方所说的法的概念比中国历史上所说的法的概念范围要宽。西方所说的法典具有公开性、普遍性、统一性和权威性的特点，刑法只是法典中的一种。西方所说的法律比中国的律例的范围要广，不能把中国的刑律视为法典的全部，也不能把中国律例包含的内容等同于西方法律包含的内容。由于西方所说的法、法典、法律与中国历史上的相关概念的内容和范围不尽相同，所

[1] [法] 孟德斯鸠：《孟德斯鸠法意》（上册），严复译，商务印书馆1981年版，第7页。

以严复在《法意》的翻译中，有时把法称为法典，有时把法律称为法典。严译中法典概念的运用过于宽泛，为读者准确理解法典的性质、特点和范围造成了一定的困难。后来张雁深在《论法的精神》的译著中，严格限定了法典概念的运用范围，把严译中使用法典概念的地方，大部分改用了法或法律的概念，使法、法典、法律的概念在汉语运用中有了更为明确的界限和范围。^[1]

梁启超是在晚清时期运用近代法典概念论述中国法制史的代表人物。他在1906年撰写的《论中国成文法编制之沿革得失》^[2]一文中，大量引用了日本法学家穗积陈重《法典论》的观点，在利用外来法典理论的基础之上提出了自己对法典的认识。他认为：“成文法之初起，不过随时随事，制定为多数之单行法。及单行法发布既多，不得不撮而录之，于是所谓法典者见焉。然法典之编纂，其始毫无组织，不过集录旧文而已。及立法之技量稍进，于是或为类聚体之编纂，或为编年体之编纂，画然成一体裁。及立法之理论益进，于是更根据学理以为编纂，凡法律之内容及外形，皆有一定之原理原则以组织之，而完善之法典始见。”进而提出了关于中国历代法典产生和发展的观点，认为：“及春秋战国，而集合多数单行法，以编纂法典之事业，蚤已萌芽。后汉魏晋之交，法典之资料益富，而编纂之体裁亦益讲，有组织之大法典，先于世界万国而见其成立（罗马法典之编成在西历534年，当我梁武帝中大通六年。晋新律之颁布在晋武帝泰始四年，当彼268年）。唐宋明清，承流蹈轨，滋粲然矣。其所以能占四大法系之一，而粲然有声于世界者，盖有由也。”梁启超虽然称赞中国法典产生的历史早，有沿革清晰的历代成果，但又认为中国历史上的法典“编纂太无意识，去取之间绝无一贯的条理以为之衡。故一法典中而其文意相矛盾者，指不胜屈，使用法者无所适从，而法典之效力以相消而不复存在。此不得不谓编纂方法拙劣之所致也。”他进而认为缺乏系统严密的总则是传统法典的主要缺陷，“我国今日现行两大法典，其《大清会典》无所谓总则，不必论矣。其《大清律例》沿晋唐之旧，首置《名例律》一门，颇有合于总则之义。虽然《大清律例》之《名例律》有非贯通于全律之大原则而亦入其中者，有贯通于全律之大原则而不入其中者，谓《名例律》足以包举诸律焉不得也，谓诸律悉无触背《名例律》焉不得也。故《名例律》者，有总则之名而未能全举其实者也。夫《大清律例》为发达最古稍

[1] [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1987年版。

[2] 梁启超：《饮冰室合集》（第2册），中华书局1989年版，第1~61页。

称完备之书，而犹若是，其他更无论矣。”梁启超运用近代法典概念和理论批评中国传统法典，看到了传统法典的某些缺陷，但对传统法典的指导思想和总则篇的历史地位认识有偏差。在法家思想占统治地位的时代，传统法典贯穿着君主本位的立法思想和指导原则。在儒家思想占统治地位的时代，传统法典贯穿着家族本位的立法思想和指导原则，而家族本位实际是君主本位的基础。所以，君主本位是贯穿于《法经》至《大清律例》的中国传统法典的总的指导思想和基本原则。中国传统法典在概念、内容、形式和范围方面，与近代受西方法律思想影响的法典有很大不同，但并非无意识的、无基本原则的松散的组合体，而是有明确立法思想的有稳定基本原则的固有法典。

在晚清时期，除严复、梁启超对外来近代法典概念有较深的认识之外，其他人士也有不同程度的认识。沈家本在担任修订法律大臣期间，曾组织译员翻译了穗积陈重的《法典论》等书，并总结了翻译外国法律书籍的困难：“参酌各国法律，首重翻译，而译书以法律为最难，语意之缓急轻重，记述之详略偏全，抉择未精，舛讹立见。从前日本译述西洋各国法律多尚意译，后因讹误，改归直译，中国名词未定，译译更不容易。”〔1〕但在沈家本的著作中，使用法典一词的情况很少见。清末法部尚书戴鸿慈等在《奏拟修订法律办法折》中，特别强调了法典在清廷立宪中的重要性。认为编纂法典是预备立宪最紧要的工作，是国家长治久安的基础所在。从理论上讲，中国编纂法典“不难采取各国最新之法而集其大成，为世界最完备之法典”〔2〕，但要编纂出适用于中国国情的法典很难。

清末宪政编查馆大臣奕劻等奏《议复修订法律办法折》，对近代法典的性质、范围和编纂作了进一步的强调。认为“编纂法典，与订立单行法不同。法典之大者，如民法、商法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法诸种，考之各国成例，大率多或千余条，少亦数百条，取材宏富，定例精严，非如单行法可以剋日成事。盖单行法不过为一事或一地方而设，法典则包含一切关涉全国之事。故各国编纂法典，大都设立专所，不与行政官署相混，遴选国中法律专家，相与讨论，研究其范围，率以法典为限，而不及各种单行法。”〔3〕该奏折还强调了独立编纂法典的重要性，驳回了戴鸿慈等奏请由王宫大臣与部院共同管理立法机构的提

〔1〕 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，中华书局1979年版，第838页。

〔2〕 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，中华书局1979年版，第840~841页。

〔3〕 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，中华书局1979年版，第850页。

议。认为“查立宪各国，以立法、行政、司法三项分立为第一要意。原奏亦谓立宪之精义，在以国家统治之权，分配于立法、行政、司法三机关。今若以修订法律馆归该部院管理，是以立法机关混入行政及司法机关之内，殊背三权分立之意。近世宪法学家，尝谓立法之事，必宜独立，若隶属行政或司法机关之内，必致徒徇行政及司法上之便利，而有任意规定之弊，于法律之进步实多妨碍。臣等共同商酌，拟照原奏，变通办法，请将修订法律馆仍归独立，与部院不相统属。”〔1〕

晚清时期受西方法律思想影响的近代法典概念，与中国古代法典概念在性质和形式方面都很不相同。近代法典概念是以民权本位或社会本位的理念为基础的，是以公法、私法彼此区别的理论为基础的，是以民法典、刑法典等各部门法典分别编纂各自独立为表现形式的。中国古代法典概念是以君权本位或家族本位的理念为基础的，是以法自君出的王法理论为基础的，是以诸法合体刑法为主的形式存在的。由于受西方法律思想影响的近代法典概念与中国古代法典概念有重大区别，法典概念在晚清论著中的运用表现出了亦中亦西、有时统一有时矛盾的特点。

（二）晚清时期对法律体系的认识

晚清人士对部门法的分类和部门法之间关系的认识，对近代中国法制变革和法学研究有重要的影响，也反映了大陆法系国家的法律体系在近代中国的传播情况和深远意义，现从以下两个方面进行考察说明。

1. 晚清时期对部门法分类的认识

从近年学者的研究成果看，晚清时期对部门法分类的认识，可能从《法国律例》译介入中国开始。1880年，京师同文馆出版了汉译本《法国律例》。该法律译本包含了大陆法系国家部门法的主要门类，共有民法（民律）、商法（贸易定律）、刑法（刑律）、民事诉讼法（民律指掌）、刑事诉讼法（刑名定范）和“园林则律”六种。该译本没有列入大陆法系“六法”中最重要宪法。后来上海商务印书馆在1913年出版的《法国六法》一书，才加入了宪法。据王健博士考察，康有为、梁启超都认真钻研过汉译本《法国律例》。康有为在论著中曾专门引用过该译本中民律和刑律的条文。梁启超曾批评过该译本翻译的差错，并认识到《法国律例》与明清“律例”的区别。梁启超认为：“《法国律例》名为

〔1〕 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，中华书局1979年版，第850页。

‘律例’，实则拿破仑治国之规模在焉，不得以刑书读也。”〔1〕康有为在1898年《上清帝第六书》中曾提出：“采罗马及英、美、德、法、日本之律，重定施行。不能骤行内地，亦当先行于通商各口。其民法、民律、商法、市则、舶则、讼律、军律、国际公法，西人皆极详明。……各种新法，皆我所夙无，而事势所宜，可补我所未备。故宜有专司，采定各律，以定率从。”〔2〕从康梁的上述论说看，他们对西方近代部门法与清朝及前朝法律的区别有一定的认识，《法国律例》不等于中国历史上的“刑书”。西方“各种新法，皆我所夙无”。但对西方部门法的分类的认识，不够确切。汉译《法国律例》没有选择宪法，还不能包括“拿破仑治国之规模”。“民法、民律”并提，重要部门法的概念和关系不清楚。

晚清重要人物张之洞在1901年与两江总督刘坤一联衔上奏的《采用西法十一条折》中，第六条涉及对西方近代部门法类别的认识，但只提到“矿律、路律、商律、交涉刑律”四种。他们认为“四律既定，各省凡有关涉开矿山、修铁路及公司、工厂、华洋钱债之事，及其他交涉杂案，悉按所定新律审断。”〔3〕并建议访求各国著名律师来华担任编纂律法教习，限一年内纂成以上四律，请旨核定并颁行天下，照会各国一体遵守。张、刘二人只从办理商务、发展经济的需要，选择了西方近代部门法中的四种法律，没有采用西方近代民法和诉讼法的建议，更没有采用西方近代宪法的建议。张之洞在《劝学篇》中也谈到西方部门法的类别问题。他认为：“泰西诸国，无论君主、民主、君民共主，国必有政，政必有法，官有官律，兵有兵律，工有工律，商有商律，律师习之，法官掌之，君民皆不得违其法。”〔4〕对西方近代最重要的六种部门法仍无清楚的认识。

伍廷芳、沈家本在1905年向清廷建议设立法律学堂的上奏中，列举京师大学堂章程内法律学门所列科目，包含有“各国宪法、各国民法及民事诉讼法、各国刑法及刑事诉讼法、各国商法”等课程〔5〕，对西方部门法的分类有了明确的

〔1〕 转引自王健：《沟通两个世界的法律意义——晚清西方法的输入与法律新词初探》，中国政法大学出版社2001年版，第211页。王健博士把《园林则律》等同于森林法，不准确。

〔2〕 汤志钧编：《康有为政论集》（上），中华书局1981年版，第215页。

〔3〕 “遵旨筹议变法谨拟整顿中法十二条折”，载（清）朱寿朋编：《光绪朝东华录》，中华书局1958年版，第4764页。

〔4〕 （清）张之洞：《劝学篇·正权第六》，中州古籍出版社1998年版，第86页。

〔5〕 李贵连编著：《沈家本年谱长编》，台湾成文出版社1992年版，第133页。“六法”概念源于何时何书，值得再考察核实。

范围、清楚的概念，并一直影响到现在我们对部门法分类的认识。

清末民政部官员在 1907 年提出的修订民律草案的提议，也涉及到对部门法分类的认识问题。他们认为：“查东西各国法律，有公法私法之分。公法者定国家与人民之关系，即刑法之类是也。私法者定人民与人民之关系，即民法之类是也。……中国律例，民刑不分。而民法之称，见于《尚书》孔传。历代律文，户婚诸条实近民法，然皆缺焉不完。李悝六篇，不载户律。汉兴，增庙户而三。北齐析户婚为二，命曰婚户。隋唐复更定次第，改为户婚。国家损益明制，户律分列七目，共八十二条，较为严密。第散见杂出于刑律之中，以视各国列为法典之一者，犹有轻重之殊。因时制宜，折衷至当，非增删旧律，别著专条，不足以昭整齐画一。”^{〔1〕}对清末民政部官员的这种认识，有学者认为：“当今中国法律史学界流行的所谓‘诸法合体，民刑不分’，大概最早就是出在这里，它反映了中国官方对于传统民法存在形态的最初认识，同时也强有力地影响到后来的学术界。”^{〔2〕}细查典籍，在清末民政部官员的上述提议之前，沈家本、张之洞、梁启超已有中国传统法律包含有近代部门法若干内容的观点，已有中国传统法律民刑不分的观点，对中国法律史学界相关认识的影响更早一些、更大一些。

2. 晚清时期对部门法关系的认识

在晚清时期，沈家本、张之洞、梁启超对部门法关系有较深的认识，对晚清法制变革和法律史学的发展有较大的影响，值得我们特别注意。

沈家本在主持修律过程中，曾对刑法和刑事诉讼法的关系有专门的论述。他认为：“诸律中以刑事诉讼律尤为切要。西人有言曰：刑律不善不足以害良民，刑事诉讼律不备，即良民亦罹其害。盖刑律为体，而诉讼为用，二者相为维系，固不容偏废也。中国第有刑律，而刑事诉讼律向无专名，然其规程，律文中不少概见。李悝《法经》有《囚法》、《捕法》，《唐律疏议》谓：《囚法》即《断狱律》，《捕法》即《捕亡律》，此即刑诉之权舆。汉魏以降，篇目迭更，亦暨宋明，代有修改。其中如告劾、传覆、系囚、鞠狱、讨捕、斗讼诸律，规定綦详。我朝钦定《大清律例》，亦列诉讼、断狱、捕亡等目。是中国未尝无刑事诉讼律，特散见于刑律之中，未特设专律耳。”^{〔3〕}沈家本还从“体用”关系角度谈到

〔1〕（清）朱寿朋编：《光绪朝东华录》，中华书局 1958 年版，第 5682 页。

〔2〕苏亦工：《明清律典与条例》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 48 页。

〔3〕《大清刑事诉讼律草案·奏疏》。

刑法和诉讼法的关系，他认为：“法律一道，因时制宜，大致以刑法为体，以诉讼法为用。体不全，无以标立法之宗旨；用不备，无以收行法之实功。二者相因，不容偏废。”〔1〕

沈家本对民法和民事诉讼法的关系也有专门的论述。他认为：“东西各国法制虽殊，然于人民私权秩序维护至周，既有民律以立其基，更有民事诉律以达其用。是以专断之弊绝，而明允之效彰。中国民、刑不分，由来已久。刑事诉律虽无专书，然其规程，尚互见于刑律。独至民事诉讼，因无整齐划一之规，易为百病丛生之府。若不速定专律，曲防事制，政平讼理未必可期，司法前途不无阻碍。”〔2〕

沈家本在论述从西方引进的近代部门法的关系时，常与中国历史上的法律体系相比较，认为中国传统法律已经包含有西方近代部门法的内容。他认为：中国“往昔律书体裁虽专属刑事，而军事、民事、商事以及诉讼等项错综其间。”〔3〕“查中国诉讼断狱，附见刑律，沿用唐明旧制，用意重在简括。揆诸今日情形，亟应扩充，以期详备。泰西各国诉讼之法，均系另辑专书，复析为民事、刑事二项。”〔4〕

沈家本的上述看法，虽然没有包含西方近代部门法的各种关系，但对刑法与刑诉法的关系、民法与民诉法的关系，已有非常明确的认识。他认为“中国民、刑不分，由来已久”的观点，以及“往昔律书体裁虽专属刑事，而军事、民事、商事以及诉讼等项错综期间”的观点，对后来中国法制史学界流行的“诸法合体，民刑不分”的观点也有很大的影响。在此值得特别说明的是，沈家本不仅对部门法的关系有专门的论述，而且对西方近代法律精神与中国传统法律精神的异同也有专门的论述，并向我们提出了值得继续深思的问题。沈家本认为：“夫吾国旧学，自成法系，精微之处，仁至义尽，新学要旨，已在包涵之内，乌可弁髦等视，不复研求。新学往往从旧学推演而出，事变愈多法理愈密，然大要总不外

〔1〕“修订法律大臣沈家本等奏进呈诉讼法拟请先行试办折”，载（清）朱寿朋编：《光绪朝东华录》（第5册），中华书局1958年版，总第5504~5506页。

〔2〕“大清民事诉讼律草案折”，载要贵连编著：《沈家本年谱长编》，台湾成文出版社1992年版，第377页。

〔3〕沈家本：“进呈刑律分则草案折”，载李贵连编著：《沈家本年谱长编》，台湾成文出版社1992年版，第253页。

〔4〕“修订法律大臣沈家本等奏进呈诉讼法拟请先行试办折”，载（清）朱寿朋编：《光绪朝东华录》（第5册），中华书局1958年版，总第5504~5506页。

‘情理’二字。无论旧学、新学，不能舍情理而别为法也，所贵融合而贯通之。保守经常，革除弊俗，旧不俱废，新亦当参，但期推行尽利，正未可持门户之见也。或者议曰：以法治者，其流弊必入于申、韩，学者不可不慎。抑知申、韩之学，以刻劾为宗旨，恃威相劫，实专制之尤。泰西之学，以保护治安为宗旨，人人有自由之便利，仍人人不得稍越法律之范围。二者相衡，判然各别，则以申、韩议泰西，亦未究厥宗旨耳。”^{〔1〕}在这段论述里，沈家本既指出了中西法律在精神上可以相通的“情理”，也指出了法家的法治与西方近代的法治在性质和目的上的区别，这比对部门法关系的认识更深入了一步。但沈家本认为中国传统法律已经包含有西方近代部门法的类别和原理的观点，仍存在很多难于说准确的问题。

张之洞在评议《大清刑事民事诉讼法草案》时，对部门法关系也有专门的论述。他认为：“中国法律向以刑律、户律为大纲，而外国律则必先有刑法、民法，然后刑事、民事诉讼法有所附丽。现欲分析刑事、民事，则必将现行律例厘然分开，详加订定，裁判官方有准绳可循。”^{〔2〕}他赞成分类编纂法律，但主张先制定刑法、民法，再制定诉讼法。他认为：“盖东西诸国法律，皆分类编定，中国合各项法律为一编，是以参伍错综，委曲繁重。今日修改法律，自应博采东西诸国立法，详加参酌，从速厘定，而仍求合于国家政教大纲，方为妥善办法。律条订后，再将刑事、民事诉讼法妥为议定，则由本及支，次第秩然矣。”^{〔3〕}张之洞主张制定新律要合于中国政教大纲的观点，受到后人很多批评，但他对中国古代法律体系特点的认识，对近代实体法与程序法分别的认识，有可取之处，值得今人重视。

梁启超对部门法关系的认识，主要表现在他根据近代部门法分类的理论评论中国古代的法律体系。他认为：“近今学者言法律之分类，其说虽不一，而最普通者，则大别为公法、私法之两种。公法者，所以规定国之组织，及国与人民之关系，国与国之关系者也。私法者，所以规定人民相互之关系，及甲国人与乙国

〔1〕（清）沈家本：《历代刑法考》（四），邓维元、骈守鸾点校，中华书局1985年版，第2240页。以下关于此书之引文与大意转述皆以此版为准，不再一一注释。

〔2〕“遵旨核议新编刑事民事诉讼法折”，载苑书义等主编：《张之洞全集》（第3册），河北人民出版社1998年版，第1772~1799页。

〔3〕“遵旨核议新编刑事民事诉讼法折”，载苑书义等主编：《张之洞全集》（第3册），河北人民出版社1998年版，第1772~1799页。

人之关系者也。公法之中，有规定国家之根本的组织者，是名宪法。有规定行政机关及其活动之规律者，是为行政法。有为国家自卫起见，科刑罚于犯法之人者，是为刑法。两独立国之间，互定其法律关系者，是为国际公法。私法之中，有规定一般私人间之权利义务者，是为民法。或于民法中，别取其关于商人商事者，为特别法，以详定之，是为商法。有规定甲国私人与乙国私人间之权利义务者，是为国际私法。法律分类之大概如是，今以我国历代遗传及今日现行之成文法按之。……我国法律之发达，垂三千年。法典之文，万牛可汗，而关于私法之规定，殆绝无之。夫我国素贱商，商法之不别定，无足怪者。若乃普通之民法，据常理论之，则以数千年文明之社会，其所以相结合相维护之规律，宜极详备。乃至今日，而所恃以相安者，仍属不文之惯习。而历代主权者，卒未尝为一专典以规定之，其散见于户律户典者，亦罗罗清疏，曾不足以资保障，此实咄咄怪事也。”〔1〕

梁启超的上述评论，是晚清人士中对部门法关系最为系统最为清楚的认识。梁氏在文中注明，公法、私法的界说，参考了日本学者梅谦次郎《民法原理》一书的观点。关于西方近代部门法与中国历代成文法的关系，参考了日本学者浅井虎夫发表在《史学杂志》第14卷第8号上的观点。梁氏还特别补充说明，西方近代部门法的分类与中国历史上根据六部职掌的法律分类，形式不同，体系不同，不可以等同视之。浅井虎夫列表比附的观点，不是十分正确的。梁启超意识到了西方近代部门法与中国历代成文法在形式和体系上的不同，但还没有找到更为合理、更为圆满的解释方法。直到今天，中国法史学者仍为找到更为清楚、更为准确的以今释古的解释方法而努力。

梁启超对唐代法律体系的评论，也突出的反映了他对部门法关系的认识。他根据《唐六典》和《旧唐书·刑法志》对律、令、格、式四种法律形式的解释认为：唐代的令为一般的国法，格为行政法及民法，律为刑法，式为施行诸法的细则。他对自己认识的准确性不太肯定，补充说：“然考诸当时之载籍，其界限亦不甚分明，今举其名而推定其性质。”他根据《唐六典》所载唐令的篇目看到：“律令两者对象之目的物，固有相同者（如律有《卫禁》，令有《宫卫》；律有《户婚》，令有《户令》；律有《厩库》，令有《仓库》、《厩牧》等），而令之

〔1〕 梁启超：“论中国成文法编制之沿革得失”，载《饮冰室合集》（第2册），中华书局1989年版，第1~61页。以下引文或大意转述皆出于此书，不再一一注释。

范围甚广，律之范围较狭也。令则普涉于一般国法，律则专限于刑法也。然则律与令二者非性质上之差别（两者皆有固定的性质与格、式异），而资料上之差别也。非如日本命令与法律之差别，实如日本刑法与其他法律之差别也。”认为律与令不存在性质上的差别，只存在资料上的差别，如同日本刑法与其他法律的差别。这样解释律与令的关系，没有比唐代人的相关解释更为清楚，也难于从现代部门法的关系的视角说清楚律与令的关系。认为令“普涉于一般国法”，“一般国法”是指哪些部门法呢？没有说清楚。

梁启超接受日本学者织田万关于中国古代有行政法与刑法分别的观点，认为：“所谓律者，即刑法也。所谓会典者，即行政法也。而明清两代之会典，实并律之所规定者而悉收容于其间。故会典之与律例，实为全部法与一部法之关系。故研究会典之性质，实重要中之重要也。”认定律是刑法，会典是行政法，会典中收入了律的全部内容。如此认识，就等于说，刑法完全包含在行政法之中，或者说，行政法包含了刑法的全部内容。这样，不仅律与会典的性质说不清，刑法与行政法的性质也分不清了。

近代部门法的关系与中国古代法律形式之间的关系很不相同，所以，梁启超的上述评论和解释，多有矛盾不清之处，难于自圆其说。但梁启超运用近代部门法的理论评论解释中国古代法律体系的观点，一直影响到当代中国法史学者的认识，也是值得我们继续研究的问题。

二、晚清时期对宪法的认识^{〔1〕}

晚清时期对宪法的认识是晚清立宪运动开展的思想动力。康有为、梁启超、严复对宪法的认识，在晚清时期影响较大。出洋考察宪政的人士对宪法的认识，对晚清立宪活动有直接的影响。

（一）康有为对宪法的认识

1898年8月，康有为代内阁学士阔普通武所写《请定立宪开国会折》，集中反映了康氏的宪法思想。他认为：“东西各国之强，皆以立宪开国会之故。国会者，君与国民共议一国之政法也。盖自三权鼎立之说出，以国会立法，以法官司法，以政府行政，而人主总之，立定宪法，同受治焉。人主尊为神圣，不受责

〔1〕 本部分内容根据刘广安著《中国法律思想简史》（高等教育出版社2011年版）第十一章副改增补而成。