

张晋藩/主编

二十世纪 中国法治

回眸

本书围绕 20 世纪我国法治现代化进程中发生的重大事件、出现的重要人物和存在的重大问题,从不同的角度予以论述和评价;并与日本、韩国等亚洲国家进行比较,提出了我国法治现代化过程中应注意的问题和解决问题的建议。

法律出版社

二十世纪中国法治回眸

中国战略与管理研究会
法治研究所编

主 编 张晋藩

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

二十世纪中国法治回眸/张晋藩主编. —北京:
法律出版社, 1998. 8

ISBN 7-5036-2506-6

I. 二… II. 张… III. 法制史-研究-中国-现代
IV. D929. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 15134 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/民族印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/12.125 字数/300 千

版本/1998 年 9 月第 1 版 1998 年 9 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2506-6/D·2121

定价:19.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

绪 言

一

在人类社会历史的长河中,一个世纪不过是一瞬,但在即将过去的 20 世纪里却充满了震古烁今的巨变,是以往几个世纪所无法企及的。就中国而言,从本世纪初八国联军侵略中国,使中华民族陷入了危殆,而后经过辛亥革命、新民主主义革命,中华民族终于摆脱了百年的厄运,迎来了民族独立与国家振兴的曙光。尤其是在本世纪的最后二十年,改革开放的中国,开创了前所未有的经济政治的新局面,释放出蕴藏已久的巨大能量,取得了为世界所瞩目的辉煌成就。英国著名历史学家汤恩比(Arnold·J·Toynbee)以历史发展的眼光论证说:“19 世纪是英国人的世纪,20 世纪是美国人的世纪,21 世纪是中国的世纪。”当我们怀着伟大的抱负、恢宏的志气迎接新世纪来临之际,回顾百年所经历的惊涛骇浪,会给我们以深沉的启迪,从而增添建设 21 世纪中国法制的动力与信心。

回顾百年中国法制,使我们清醒地认识到中国法制的近代化,虽然经历了艰难曲折的道路,遭遇过失败与顿挫,希望与幻灭,但由于它符合世界历史发展的潮流,适应中国民心之所向,因而不是任何顽固势力所能阻挡的。从中可以使我们成熟起来,更加自觉的肩负起建设 21 世纪法制的重任。

回顾百年中国法制,使我们深感中国人在正反两方面的教育下,法律意识的空前觉醒虽然中国法制的现代化问题还没有最终

解决,但是航标已经确立,基础已经奠定,这个跨世纪的任务,必定能够实现。

回顾百年中国法制,使我们体验到历史有时确实惊人的相似,尽管并非简单地重复。因此对百年中国法制进行认真的反思与总结,全面认识和理解其变革的原因、主要的成就、发展的趋势、经验与教训,从而把握中国法制在现代化进程中的规律性,这会使我们在建设 21 世纪中国法制的伟大事业中,更具有主动性和科学的预见性。中华民族没有陶醉在五千年灿烂的文明史中,也没有因鸦片战争失败以来的屈辱遭遇而妄自菲薄,他们严肃地总结经验教训,为了建设新时代背景下的具有深厚文化底蕴的新的中华法系而努力奋斗。

二

20 世纪中国法制的发展演变是中国法制走向现代化的重要历史进程,虽然这个进程迂回曲折、跌宕起伏,充满了矛盾与斗争,前进与倒退,但却是一个有规律可循的前进的历史必然性运动。

从 20 世纪初开始的清末修律,使中国法制的发展离开了传统的轨道,标志着中国法制现代化的开端。这个过程不仅有着连续性,而且不断地深化。譬如,辛亥革命以后革命民主派提出的以法律约束权力,并为之而进行的护法斗争,反映了近代法统观念的确立,也体现了资产阶级民主宪政的真谛。北洋政府时期虽然处于军阀割据之势,但经过清末司法改革所建立起来的司法机关体系,仍然尽可能地实现着独立司法的职能,北洋政府大理院判例的价值说明了这一点。国民政府建立以后的最初几年,在沿袭清末以来广泛吸收世界立法新成果的基础上,完成了六法体系的架构。进入 80 年代以后,随着中国向市场经济的转轨和经济法律体系的建立,显示了中国法制现代化的进一步深化。而中共十五大提出的依

法治国的方略，则是百年中国法制发展的大趋势和必然成果。

自19世纪中叶，中国闭关锁国的国门被侵略者的炮火轰开后，中国和世界发生了前所未有的新关系，中国不可能再置身于世界之外，它的存在与发展已经成为世界的一部分。早在清末修律以前，先进的中国人已经开始探索改革中国法制的出路。

鸦片战争发生前夜，开明的官僚士大夫痛感祖宗之法弊端百出，严重束缚了人们的手足和思想，因而要求打破。龚自珍、魏源、徐继畲、包世臣等人在著述中表达了改革清朝法制的呼声，和对于西方民主与法治的朦胧地赞美。

鸦片战争以后，西方列强的物质文明和精神文明，使当时眼界初开的中国人看到了中西之间的差距，有识之士提出了“师夷变法”的主张。师夷变法不仅在技术上“师夷之长技”，也包括在法律上学习泰西之法。他们已经初步意识到西方的民主与法制对于富国强兵所具有的价值。所谓“富强之本，不尽在船坚炮利，而在议院上下同心，教养得法”。^①

鸦片战争后十年，以西方的基督教义为号召，以中国农民起义中的平均思想为指导，创建了既不同于中国传统的封建律例，又有别于西方近代法制的“天法”，这就是太平天国的法制。“天法”有其独创性和民主性的一面，但囿于农民阶级的局限性，使得它并没有摆脱封建法制的窠臼，因而是没有出路的。但是，太平天国后期领导人洪仁玕在所著《资政新篇》中，却设计了以西方国家的法制为原型，改造“天法”的方案。然而，太平天国的失败，使得这个具有开拓性的探索方案也化作泡影。

在清朝统治集团中，一部分以洋务自诩的大官僚集团，提出“中学为体，西学为用”的改革思路，在法制上力求引进某些西法，以适应对外交涉的需要。中体西用是师夷变法的进一步发展，它反

^① 郑观应：《盛世危言·自序》。

映了统治集团内部对祖宗成法也可以变通的立场,这是中西法文化由碰撞到逐步融合的最初形式,尽管中体西用的法制改革收效是极微的。

19世纪末20世纪初,以康有为、梁启超、沈家本为代表的改良派,广泛宣传了资产阶级法治学说,提出了召开议会,制定宪法,建立民、商、刑、诉讼等部门法的法律体系,以及实行司法独立的变法主张。至清末修律,沈家本执行“务期中外通行”的修律宗旨,将中国的法制改革与西方法律较为全面地连结起来,至此,传统的中华法系解体了,大陆法系逐渐主宰了中国法制的现代化。

以孙中山为代表的民主派,也主张全面移植西法作为改造中法的出路。但是,法律上的全盘西化脱离了中国的实际,不能成为日常生活中的行为规范,以致损害了法律的权威。孙中山认为辛亥革命以后,国家长期处于混乱的原因就是“法律不能生效,民权无法保障,政治无由进化”,是“蔑法律而徇权势”^①的结果。仍然面临着灾难的中国和中国人民不能不再次作出历史的选择。

随着马克思主义在中国的传播和中国共产党的产生和发展,中国历史进入了新民主主义革命阶段,并于1949年建立了中华人民共和国。由于旧中国遗留下来的封建专制传统,加上革命者对于西方法律的蔑视,和无产阶级专政不受法律限制的错误理论,使得国家活动中缺乏依法办事的观念,正常的法制建设进程也不断受到冲击。尤其在十年动乱期间,对于法治的践踏和摧残,使得国家的政治和经济等各方面的行为失去了应有的规范和保障。总结十年动乱的沉重教训,人们领悟到“为了保障人民民主,必须加强法制。必须使民主制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人的看法和注意力的改变而改变。”^②十一

① 《民权主义第五讲》《孙中山全集》,第9卷,第325页。

② 《邓小平文选》,第136页。

届三中全会在实现了思想上的拨乱反正以后,强调要“发展社会主义民主,健全社会主义法制”,并提出了“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”的方针,揭开了中国依法治国的序幕。

1995年2月中共中央举办“中央领导同志法制讲座”,江泽民主席在讲话中提出要“实行和坚持依法治国”,这是“中国领导人关于未来治国方略的第一次公开宣示”。1996年2月,在中共中央《关于依法治国,建设社会主义法制国家的理论和实践问题》的法制讲座会上,江泽民主席又发表了《依法治国,保障国家的长治久安》的讲话。3月17日,第八届人大第四次会议批准的《国民经济和社会发展“九五”计划和2010年远景目标纲要》将“依法治国,建设社会主义法制国家”作为战略目标加以规定。从而反映了依法治国是举国上下的共识,这是百年中国治国方略的新的的发展,是中国法制现代化的新的里程碑,也是社会进步与社会文明的一个重要标志。

三

在中国近代法制转型的过程中,法观念的更新是重要的思想前提。从魏源、洪仁玕、康有为、谭嗣同、梁启超、沈家本到孙中山,他们站在历史潮流的前面,是法观念更新的前驱者。经过他们由固守成法转向师夷变法;由维护三纲转向批判三纲;由礼法结合转向礼法分野;由以人治国转向以法治国;由重农抑商转向重商恤商;由以刑为主转向诸法并重;由君主专制转向君宪、共和;由司法与行政不分转向司法独立。上述法观念的更新,是近代中国社会剧变的反映,是挽救中华民族危亡的呐喊,是新的法文化思潮的产物。虽然它还不成熟、不定型,更没有成为广大中国人自觉的理念,但却是晚清修律与司法改革的思想动力,是中国法制现代化的时代先声。

历史雄辩地证明,没有19世纪末20世纪初一代先驱者的法

观念的更新,就不会有晚清修律和民国法制的缔造。至 20 世纪的最后二十年,中国人民又经历了一次法观念的更新:从法是阶级斗争的工具转向法是社会利益调整的手段;从依政策治国转向依法治国;从法律虚无主义转向法律权威;从义务本位转向权利本位;从息讼贱讼转向诉讼权利;从权力服从转向法律服从,等等。没有这一次的法观念的更新,就不会有今天经济法律体系的建立和依法治国方略的提出。由于法观念、法律意识是反映公民素质的重要尺度,因而加大法观念更新的力度,既是中国人在 21 世纪面临的课题,也是对 21 世纪挑战的切实回答。为此,还需要克服保守的惰性,使新的法观念与新的伦理道德观念紧密联系,并与新的哲学思想、社会学思想进行必要的整合。这样,中国人走向法治的自由王国的道路会更便捷、更顺畅。过去中华法系曾经以其先进性影响过东方世界,今后中国法制要想求得再度辉煌,也须在它的独特性和先进性上创立业绩。要在继承中创新,在时代性中体现民族性。

四

回顾百年法制的历史,深感法制现代化的进程是和调整好以下诸关系分不开的。

其一,法制现代化与社会现代化的关系。

中国法制的现代化,是以社会的现代化作为依托的。没有社会的现代化就不可能有现代化的法制。传统的中华法系之所以延续几千年,并充满了保守性,就在于它是建立在以自然经济为主的,封闭的社会基础之上的。中国古代社会进步的迟缓,严重制约着法制的发展,而保守的法制又成为维护封闭社会的重要手段。至近代,打破了专制制度对经济的牢笼以后,尽管受到帝国主义的多方扼制,但社会仍然以前所未有的速度发展着,进而推动了法制的改革,开拓了法制文明的新境界。尤其是本世纪的最后二十年,中国

在四个现代化的征途中,已经迈开了雄健的步伐,社会的不断现代化,推动着法制的现代化。这二者既是同步的,又是互相影响的。只有把法制的现代化奠基在社会现代化的坚固基础上,才是有本之木,有源之水。

其二,法制现代化与国家富强的关系。

20 世纪的中国,始终处于列强环伺的威胁之中,中国近代史上的一系列重大的政治活动和事件,譬如戊戌变法、义和团运动、清末新政与立宪等等,都是围绕“救亡图存”而展开的。作为中国法制现代化发端的清末修律,其动因就是取消领事裁判权,恢复中国的司法主权。为救亡图存而改良法制,反映了人们对于改良法制与富国强兵之间的关系的认识。如果说为救亡图存而改良法制,是中华民族处于帝国主义侵略威胁下的被动行为,那么今天中国所处的历史环境已经完全不同于往昔,改善法制的行为完全是自主的,主动的。只有包括法制现代化在内的全面现代化,中国才能真正自立于世界强国之林,而复兴中华民族的忧患意识,无疑是推动法制现代化的心理动力,这是百年法制历史经验的重要结晶。

其三,法制现代化与更新道德伦理的关系。

中国古代法制之所以陈陈相因、辗转相承,虽有其政治、经济原因,但伦理道德也起着十分重要的制约作用。以三纲为核心的礼,既是法的指导思想,也是法的基本内容,这种法律化的道德,是改良法制强大的惰性力量。晚清修律时,保守的礼治派,也以三纲为辞抵制新律的制订与实施。民国时期,家长制家庭和父权、夫权之所以继续得到法律的确认和保护,说明了传统道德对于法律的影响和渗透。

我国当前的法制现代化,是随着经济的发展而发展的,但如何建立适应市场经济需要的新的道德规范,同样具有重要的意义。我国已经制定的调整市场规则的若干法律,之所以不能完全实施,归根结底就是一些人缺乏应有的道德素质。在传统的旧道德被全部

批判否定以后,在新道德还没有系统建立和完善之前,社会上出现了种种以假充真,以恶代善,以丑为美的现象,它不仅破坏着市场经济的正常运行,也抵制着法律的实施。因此,在依法治国的方略指导下,加快道德建设是一项紧迫的任务。中国是一个道德底蕴深厚的国家,继承和弘扬本民族的优良道德传统,是建设新道德的重要起点,而新道德的建设无疑是实施法治的重要条件。

其四,法治与改革的关系。

百年的历史证明了法治的实现离不开改革。没有清末的新政与立宪,就不会有沈家本的修律。而改革的深化也必然要求法治予以保障。二者密切相关,无论经济体制改革还是政治体制改革都是如此。由于法治的本质不是“治民”,而是“民治”,不是少数人借以统治人民的方法,而是人民当家作主治理国家、行使民主权利的形式和保障。因此,法治的前提是制度的民主化,只有建立了完善的民主制度,才能保证法律的实施,而制度的民主化来自于政治体制的改革。正因为如此,法制的变革与政治体制的民主化,成为近代中国政治法律问题的焦点。法治从来都是和极权、暴政相冲突的,推进法治要务本、固本,就是要创造民主的政治体制,以及权与法相制衡的机制。

面临新旧世纪之交,抚今追昔,感慨系之。中国法制的现代化不是一二个先哲的功绩,而是几代人为之奋斗的结果。尤其是全民普遍的权利观念和法律意识的提高,为中国法制的现代化的不断发展,提供了深厚的群众基础。历史经验反复证明:法治总是盛世的重要条件和保证,反之,法治衰败,必然引起社会纷乱,国家危亡。因此,法治是历史发展的要求,是社会文明进步的象征,是中华民族的希望。

张晋藩

1998年4月3日

目 录

绪 言	1
法观念的更新与晚清法制的近代化	张晋藩 1
沈家本与晚清变法修律	
——兼论中国法律的近代化	李贵连 23
本世纪来中国法制之现代化与台湾法制之发展	黄静嘉 64
中国法律现代化几个问题的探讨	曙 光 83
中国法律近代化的历史发端	林 璋 94
中国法制现代化的道路	陈弘毅 103
清末民初的法律继受与韦伯社会学观念(摘要)	林 端 114
洪仁玕——主张中国法律近代化的先驱	邱远猷 123
清末制宪综论	贺 嘉 136
从沈家本到孙中山	
——中国法律的现代化变革	杨永华 张 生 169
中国近代商事立法之启思	江旭伟 186
专制的民国与残民的法制	
——五四运动前后急进民主派对北洋政府的	
批判	林 中 200
儒家的义利法律观及其现代价值	杨 堪 214
我国少数民族习惯法与民族法制的现代化	徐晓光 226
20 世纪中国法律教育的回顾与反思	王 健 237
革命根据地的人权保障条例研究	张希坡 257
寻求立法数量与质量的平衡	

二十世纪中国法治回眸

——对中国立法现状的分析与思考	黄晓明 268
执法的现实透视与法理思考	童光政 282
我国税法改革的回顾与展望	季怀银 302
当前中国司法腐败现象及其对策	王 涛 314
论依法治国	李曙光 334
从法继受观点比较晚清与日本刑事立法的近代化 ...	黄源盛 343
中韩法律现代化之比较	金德贤 363

法观念的更新与晚清法制的近代化

张晋藩

一、作为时代先声的法观念的更新

以自然经济为主的中国农业社会是封闭保守的,封建的专制制度又极力维护这种封闭保守状态,以至在很长的时间里,中国不了解世界,世界也不了解中国。当 17—18 世纪欧美完成了文艺复兴和近代资产阶级革命,建立了资本主义的民主法制国家时,中国却仍旧在封建社会的藩篱内踱步,奉行着“天不变,道亦不变”的信条,固守着传统的封建法制。直到 19 世纪中叶,封闭的状态被打破,中国的情况才发生了变化。

鸦片战争以后,西方传教士在中国翻译出版大量科技文化著作的同时,也介绍了西方的政治法律著作。西方来华的商人和清廷大员聘请的洋幕宾,也从不同的角度传播了西方的法律知识。尤其是新闻出版媒体的积极运营,使得西方资本主义的法学著述汹涌地袭入中国,传统的中国法文化面临着尖锐的挑战。在先进的知识界和开明官僚中,也在经历着一个由传统法观念向近代法观念更新的变化,这个变化不仅标志着中国法文化史上旧时代的结束和

新时代的开始,而且对于中国法制的近代化,具有重要的思想先导作用。

(一)由固守成法转向“师夷”变法

“祖宗成法不可改变”是清朝统治者奉行的传统政策,以此来约束百官和士大夫不得滥议改制更张。但至鸦片战争前夜,时势的发展已使开明官僚林则徐等“睁眼看世界”,提出“探访夷情,知其虚实”了。而坚持改革的士大夫魏源,还从中外力量的对比中提出了反传统的“师夷之长技以制夷”的口号,这在当时确如石破天惊,震聋发聩,从此师夷作为自强御敌的主张被普遍接受,传统的“夷夏之防”、“用夏变夷”的汉族中心论,遭到了彻底的否定。

在洋务派与早期改良派的著述中,已经显露出由师夷之器物文化,转向师夷之制度文化的迹象。至19世纪末发生的戊戌变法,进一步将中西法文化的结合集中在政治体制的改革与法律体系的变动上。1900年义和团运动以后,顽固的慈禧集团也迫于严峻的形势,放弃了“万世不变”的“祖宗成法”,宣布“法久则弊,法弊则更”,“欲求振作,当议更张”^①,由此而开始了晚清近十年的变法修律。

晚清变法修律以西方国家为模式,是师夷的深化和结果。主持修律的沈家本谙悉中国旧律,而又了解西方法律的大略。他从中西法文化相比较的角度,论证了“务期中外通行”的修律方针。认为对待“西人之学”,应“弃其糟粕,而撷其精华”,“取人之长,以补吾之短”^②,“彼法之善者,当取之,当取而不取是之为愚”。^③如果在“方今瀛海交通,伊同比伍”的世界形势下,继续泥古不化,“以一中国与环球之国抗”,显然违背了“趣时之义”,“其伏拙之数,不待智者

① 《光绪朝东华录》总第4655页。

② 《寄修文存六·政法类典序》。

③ 《寄修文存六·监狱访问录序》。

而知之矣”。^①

沈家本不仅从原则上阐述了“损益而会通”的修律方针，而且对“法即是刑”，“讲法治就是重刑罚”的传统观念进行了改造。他将西方的法律体系、刑制、诉讼制度、人权原则等纳入到新制订的法律中去。沈家本可以说是中国近代中西法文化比较研究的奠基人，经过他，“师夷变法”进入了一个新的阶段。

综括上述，由固守成法到师夷变法，是法观念上的巨大变化，它反映了历史潮流的不可阻挡和中西法文化由冲突到吸收的运动过程。

（二）由盲目排外转向中体西用

清朝统治者虽然身处封建末世，但却继承了中国历代统治者以天朝大国自居的盲目排外心理。康乾盛世姑且不论，即使是嘉道时期，仍视外国为化外夷狄。这种盲目性反映了他们对于世界大势是何等的无知。

鸦片战争以后，随着中外新关系的形成，在清朝统治层内出现了一个以奕訢、曾国藩发其端，李鸿章继其后，张之洞总其成的洋务派官僚集团。他们的理论基础与施政宗旨是“中体西用”。即在保持孔孟圣道与纲常名教的前提下，在工艺、练兵、法制等问题上可以采用西法以应世变。“中体西用”论的原型是曾经充当李鸿章幕府的冯桂芬在所著《校邠庐抗议》一书中提出的，他建议“以中国之伦常名教为原本，辅以诸国富强之术”。^② 中体西用论在法律上的表现，就是一方面继续强调法度必须以纲常为本原，“其最著者为亲亲之义，男女之别，天经地义，万古不刊”。^③ 另一方面也主张

① 《寄簪文存六·重刻明律序》。

② 《校邠庐抗议》，《采西学议》。

③ 《遵旨复议新编刑事民事诉讼法折》，《张文襄公全集》卷69。

采用西法作为“为治之具”。^①譬如,提倡学习国际公法学“以资自强,而裨交涉”;建议制定“交涉刑律”、“通商律例”、矿律、路律、商务律以调整新出现的经济关系。

洋务派坚持的“中学为体”,以其不合于时,而为开明思想家所批评。至于“西学为用”,也受到顽固分子“不揣其本而末是求”的攻讦。但是洋务派毕竟在列强环伺的形势下,开始摆脱盲目排外的心理与影响,有限地挣脱了祖宗成法的约束,是从掌握实权的大官僚立场出发的自强要求。中体西用论,也是中西法文化最初的结合形式,它深深烙印着急速变动中的国情烙印,是晚清具有代表性的理论之一,它对于改良派法律思想的形成,以及晚清近半个世纪的政治、经济、法制的发展,都产生了一定的影响。

(三)由礼法结合转向礼法分野

产生在宗法伦理等级社会的出礼入刑,礼法结合,是中华法系的主要特点之一。礼与刑的特殊关系,经过汉儒的论证,不仅理论化了,而且开拓了以礼入法的途径。至唐代,礼法结合已被看作是如同“昏晓阳秋”^②之不可分。凡属悖礼的行为必定为法所禁止,而为法所制裁的对象也必定与违礼相关。礼以法为后盾,使道德规范具有了国家的强制力;法以礼为指导,使法律规范增加了精神上的威慑。不仅如此,礼“禁于将然之前”,^③即以礼规范人心,约束人们的行为,使之不逾越法律所允许的界限,因而成为预防犯罪的堤防。每当社会动荡,人心浇漓之际,统治者都大讲“隆礼”,其用心就在于此。

由于礼在中国古代具有生存的深厚土壤,因而成为辗转相承,历史悠久的文化内涵。凡重礼者誉为礼义之邦,而重法者贬为暴政

① 《遵旨筹议变法谨拟整顿中法十二条折》,《张文襄公全集》卷 53。

② 《唐律疏议》卷一,《名例》。

③ 《汉书·贾谊传》。