

学者书库·史丛 XUEZHE SHUKU · SHICONG

中国近代 法律思想史

(上册)

潘念之 主编 华友根 倪正茂 著

SHANGHAI
SHEHUI
KEXUEYUAN
CHUBANSHE

上海社会科学院出版社

学者书库·史丛

中国近代法律思想史

上 册

潘念之 主编

华友根 倪正茂 著

上海社会科学院出版社



• 学者书库 • 史丛 •

中国近代 法律思想史

潘念之 主编
华友根 倪正茂 著

上海社会科学院出版社

(沪)新登字302号

责任编辑 查建国

封面设计 范一辛

· 学者书库· 论丛·

中国近代法律思想史(上册)

潘念之 主编 华友根 倪正茂 著

上海社会科学院出版社出版

(上海淮海中路622弄7号)

新华书店上海发行所发行 上海东方印刷厂印刷

开本850×1168 1/32 印张14.625 字数320000

1992年4月第1版 1992年4月第1次印刷

印数1—3000

ISBN 7—80515—614—X/D, 85

定价: 6.30元

目 录

第一章 导 论

一、中国近代史的时期划分·····	2
二、近代中国是从封建社会到社会主义社会的 激烈转变时期·····	4
三、中国近代法律思想史的主要内容·····	7
四、研究中国近代法律思想史的一些问题·····	16

第二章 鸦片战争和中国封建法律思想 营垒的初步分化

第一节 鸦片战争及其对封建中国的冲击·····	25
第二节 中国封建法律思想营垒的初步分化·····	30
一、地主阶级当权派顽固坚持封建法律思想·····	30
二、地主阶级改革派的惊醒和探索·····	32

第三章 太平天国时期两种法律思想的对垒

第一节 太平天国革命对法律思想演进的意义·····	56
第二节 太平天国领导人的法律思想·····	63
一、洪秀全的法律思想·····	63
二、洪仁玕的法律思想·····	73
第三节 农民战争中地主阶级的法律思想·····	82
一、曾国藩的法律思想·····	82

二、冯桂芬的法律思想·····	87
-----------------	----

第四章 洋务运动时期法律思想的分化

第一节 洋务运动的产生及其性质·····	92
第二节 洋务派的法律思想·····	97
一、李鸿章的法律思想·····	99
二、左宗棠的法律思想·····	103
第三节 资产阶级改良派的法律思想·····	105
一、资产阶级改良派政治法律思想的一般特点··	105
二、王韬的法律思想·····	107
三、薛福成的法律思想·····	112
四、郑观应的法律思想·····	118
五、陈炽的法律思想·····	123
第四节 洋务派和改良派法律思想的比较·····	128

第五章 戊戌变法是资产阶级改良派法律思想的集中表现

第一节 戊戌变法与戊戌政变·····	131
一、改良派与洋务派及顽固派之间发生的论战··	132
二、改良派的变法建议·····	135
三、改良派变法的颁行·····	138
四、改良派的变法建议对近代法律思想的影响··	139
第二节 戊戌政变前改良派的法律思想·····	140
一、康有为的法律思想·····	140
二、梁启超的法律思想·····	150

三、谭嗣同的法律思想·····	156
四、严复的法律思想·····	161
第三节 戊戌变法运动在近代法律思想史上的地位 与意义·····	168
一、戊戌变法把中国近代法律思想推进了一步·····	168
二、“百日维新”集中表现了资产阶级改良派 的变法思想·····	170
三、戊戌变法预示着封建法律思想的结束·····	171
四、大量传播了西方资产阶级的法律思想·····	172
五、戊戌变法运动促成了统治阶级内部法律思 想派别的重新调整和更大的分裂·····	173
六、为资产阶级革命派提供了经验·····	174

第六章 清末修改法律中法治派与礼教派的斗争

第一节 修律的要求和酝酿·····	175
一、修律的要求·····	175
二、修律的酝酿·····	178
第二节 以沈家本为代表的法治派的修律思想·····	187
一、“会通中外”的修律宗旨·····	188
二、对中国旧律的研究和批判·····	190
三、对中国旧律的修改意见·····	193
四、修律中吸收资产阶级的法律精神·····	197
第三节 以张之洞与劳乃宣为代表的礼教派的 法律思想·····	201
一、张之洞的法律思想·····	201

二、劳乃宣的法律思想·····	205
第四节 法治派与礼教派在修律问题上的斗争·····	208
一、法治派起草的《刑事民事诉讼法》和《大 清新刑律草案》的基本思想和主要特点·····	209
二、礼教派对《刑事民事诉讼法》和《大清新 刑律草案》的攻击·····	211
三、法治派的反击和礼教派的最后胜利·····	220
第五节 法治派与礼教派的斗争对近代法律思想的 作用·····	230
一、近代法律思想史上一次最大的法治派与礼 教派的斗争·····	230
二、修订法律对后来的影响·····	233
三、引起了社会各界研讨法制的浓厚气氛·····	235

第七章 清末立宪运动及其思想斗争

第一节 立宪运动概况·····	239
一、立宪的起因·····	239
二、五大臣出国考察政治和载泽的《奏请宣布 立宪密折》·····	242
三、清廷的预备立宪以及统治阶级的内部斗争··	244
第二节 民主立宪派与君主立宪派的斗争·····	250
一、孙中山等资产阶级革命派的民主思想以及 对预备立宪的批判·····	250
二、张謇的法律思想和立宪请愿运动·····	261
三、梁启超等的保皇活动和君主立宪思想·····	268
四、《钦定宪法大纲》的颁布与章太炎等对它	

的批判·····	276
第三节 辛亥革命冲垮了君主立宪思想 ·····	285
一、资产阶级革命派以武装起义回答君主立宪··	285
二、清廷颁布《十九信条》企图瓦解革命·····	288
三、清帝退位与君主立宪运动失败·····	292

第八章 南京临时政府的立法和资产阶级 革命派的法律思想

第一节 南京临时政府的成立及其斗争 ·····	298
第二节 《中华民国临时约法》及其他立法所表明 的资产阶级法律思想 ·····	301
一、《临时约法》反映了资产阶级建立民主共 和国的思想·····	301
二、临时政府有关立法体现了资产阶级保障民 权和社会改革等思想·····	308
第三节 以民权主义为主要内容的孙中山的五权宪 法思想 ·····	316
一、五权宪法的核心是权、能分治·····	316
二、以县为单位的地方自治与中央地方的均权 制度·····	321
三、国民的民生问题与教育问题·····	323
四、实现五权宪法的三个时期·····	326
五、孙中山五权宪法思想的历史地位·····	328
第四节 强调司法独立的伍廷芳的法律思想 ·····	332
一、关于修改旧律·····	332
二、处理中外交涉·····	335

三、以司法独立为中心的共和立宪·····	339
四、伍廷芳法律思想的意义和影响·····	344

第九章 袁世凯复辟帝制和封建法律 思想再抬头

第一节 袁世凯开始的北洋军阀依附于帝国主义实 行卖国主义以对资产阶级民主革命反攻倒 算·····	350
第二节 袁世凯复辟帝制的法律斗争·····	354
一、袁世凯破坏起草宪法·····	354
二、袁世凯破坏《中华民国临时约法》和《大 总统选举法》，为复辟帝制作法律准备·····	358
三、筹安会的帝制复辟活动·····	365
四、八十二天皇帝梦的破灭·····	376
第三节 复辟与反复辟的斗争是中国近代法律思想 史上又一次法治派和礼教派的斗争·····	382
一、袁世凯、张勋等礼教派提倡尊孔读经是为 了复辟帝制和回复旧律·····	383
二、以孙中山为首的法治派坚决反对礼教派的 尊孔复辟与把孔子列入宪法·····	388
三、礼教派复辟帝制的失败，表明了民主共和 深入人心，法制改革势不可挡·····	394

第十章 北洋军阀时期的法律思想

第一节 帝制复辟失败以后的政治法律斗争形势·····	399
-----------------------------------	------------

第二节	几次刑法修正案的法律思想	403
一、	袁世凯删修《大清新刑律》，公布《暂行新刑律》及其施行细则等，以惩罚人民和镇压革命.....	404
二、	《第一次刑法修正案》的修订原因及其基本宗旨.....	409
三、	《第二次刑法修正案》的特点及其局限性...	413
第三节	段祺瑞的《善后会议条例》和《国民代表会议条例》的纷争	419
一、	关于《善后会议条例》的纷争.....	420
二、	《国民代表会议条例》的严重缺陷及引起的批评.....	424
第四节	总结与评述清末、北洋军阀时期立法司法的江庸法律思想	430
一、	《五十年来中国之法制》的主要思想.....	431
二、	评价与改良司法及如何收回领事裁判权.....	436
三、	执法必须情法两尽和怎样对待大理院判例...	439
第五节	“五四”运动后法律思想上的新变化	445
一、	进一步揭露批判旧礼教旧道德与提倡社会主义新道德.....	445
二、	批评《临时约法》与以社会主义的“工人政治”代替资产阶级的共和政治.....	448
三、	人民应该有充分的民主自由及女子在法律上与男子有完全相同的平等权利.....	451

第一章 导 论

中国近代法律思想史是中国法律思想史的重要组成部分。它是中国传统法律思想与外国资产阶级法律思想斗争、融合的历史，即具有资本主义性质的半封建半殖民地法律思想逐渐形成的历史；以及具有社会主义性质的人民民主法律思想，在与上述法律思想斗争中发生、发展并取而代之的历史。内容丰富、斗争激烈，对中国近代、现代社会产生了极其深刻的影响。但至今尚未出版一本比较完整的中国近代法律思想史，有的是在政治思想史和思想史著作中，谈到一些法律思想；有的是以几个代表性的法律家为中心，讲一个近代法律思想的大概，这些都是不够的。因此，撰写一本比较完整的中国近代法律思想史，是我们法律史研究工作者义不容辞的责任。毛泽东同志早在四十九年前，已提出这方面的任务。他说：“对近百年的中国史，应聚集人才，分工合作地去做，克服无组织的状态，应先作经济史、政治史、军事史、文化史几个部门的分析的研究，然后才有可能作综合的研究”。^① 撰写法律思想史，是在充分掌握材料的基础上，对于近代尖锐、激烈的法律思想斗争，加以分析比较、概括总结，既可以反省教训、吸取经验，更可作为建设社会主义新法制的重要借鉴。因此，撰写这样一本书，是非常必要的。现就中国近代法律思想史撰写中的几个问题，谈一谈我们的看法。

^① 《毛泽东选集》第3卷，第802—803页。

一、中国近代史的时期划分

中国近代史是中国人民反对帝国主义、封建主义和官僚资本主义,争取民族独立、人民民主自由,改变半封建、半殖民地、殖民地地位的斗争史。所以,应该从西方资本主义国家用大炮打开中国大门,强迫签订丧权辱国的不平等条约,使中国由独立自主的封建帝国逐渐沦为半封建半殖民地国家时开始,直到在中国的土地上驱逐帝国主义、消灭封建主义、打倒官僚资本主义时为止。即从1840年的鸦片战争开始,到1949年中华人民共和国成立为止。然过去的看法是把中国的近代史,定为从1840年鸦片战争到1919年的“五四”运动;而从1919年“五四”运动到1949年中华人民共和国成立,作为中国现代史。这种划分是可商榷的。因为在1840——1949年之间,近代社会的性质没有改变,即1919年后,半封建、半殖民地的地位并未改变,某些地区甚至变为帝国主义的殖民地,民族危机更为深重。而且近代革命的基本任务也没有改变。

当然,这一反对帝国主义、反对封建主义、反对官僚资本主义,争取独立、自由、民主的民主主义革命,以1919年为界,可以分为旧民主主义革命和新民主主义革命两大时期。其中旧民主主义革命时期,又可分为前后两个阶段。前阶段是从1840—1901年,即从鸦片战争爆发到义和团运动失败与辛丑条约的订立。在这一阶段,主要是农民反帝反封建斗争,即太平天国革命和义和团运动等。无可否认,资产阶级也开始加入这一斗争,如19世纪70年代开始,由于民族资本主义工业的发生,出现新兴的资产阶级,早期的资产阶级改良主义思想也随之而起。又孙中山于1894年在檀香山建立资产阶级革命团体——兴中会,康有为、梁启超等资产阶级改

改良派在1897—1898年主张维新变法,但并未占主导地位。而从1901年辛丑条约订立起,特别是从1905年具有资产阶级政党性质的中国同盟会成立并发表其纲领起,到1919年为止的后阶段,反帝反封建的领导责任已落到了资产阶级的双肩上了。也就是说,已不是前阶段的广义上的资产阶级旧民主主义革命,而是完整意义上的资产阶级旧民主主义革命。

至于从1919年到1949年的新民主主义革命,是在接受了马克思主义思想的知识分子、无产阶级及其先锋队中国共产党领导下进行的。这一时期,又可分为四个阶段:1919—1927年为反对北洋军阀统治阶段;1927年到1937年为反对以蒋介石为首的国民党叛变革命和建立专制独裁统治阶段;1937年到1945年为反对日本帝国主义侵略以及汉奸卖国贼叛国投敌的阶段;1946—1949年为推翻以蒋介石为首的国民党独裁统治阶段,也是完成反对帝国主义、反对封建主义、反对官僚资本主义任务,建立独立、民主、自由新中国,一百年来民主革命最后胜利的阶段。

这样,通过上述对中国近代史时期的划分,也就把近代中国人民反对帝国主义、反对封建主义、反对官僚资本主义的斗争逐步深入,争取独立、统一、民主、自由的革命任务日趋完成,新旧阶级的一步一步交替,以及社会性质的根本改变,客观地反映出来了。

因此,把1840年到1919年称为中国近代史,把1919年到1949年称为中国现代史,这是把完整的中国民主主义革命时期,人为地割裂为两个历史时期,无论从内容上或者从形式上,都是欠科学的。而把1840年到1949年,统称为中国近代史是科学的、合理的。这不仅遵循了近代历史的发展趋势,而且与近代法律思想的演变过程相一致的。

二、近代中国是从封建社会到社会主义社会的激烈转变时期

1840年到1949年的中国近代社会，是帝国主义通过军事、政治、经济、文化上的侵略、掠夺和控制，妄图把中国变为它们的半殖民地殖民地；中国的封建势力，为了保持自己的专制统治，与帝国主义联合镇压人民的革命斗争，以维护半封建半殖民地地位；而农民阶级、小资产阶级、民族资产阶级以及无产阶级等广大人民群众，则坚决反对帝国主义的侵略、封建势力的压迫，要改变半封建、半殖民地乃至殖民地的地位。所以这一时期，中华民族与帝国主义的矛盾、人民大众与封建势力的矛盾，是贯彻始终的。当然，还有其他许多矛盾，如农民阶级与地主阶级的矛盾、无产阶级与资产阶级的矛盾、地主阶级中改革派与守旧派的矛盾、地主阶级中洋务派与顽固派的矛盾、资产阶级改良派与地主阶级的矛盾、资产阶级革命派同地主阶级的矛盾、资产阶级革命派同资产阶级改良派的矛盾。后来因资产阶级革命派内部发生分化，于是又有资产阶级左派同资产阶级右派的矛盾、无产阶级同资产阶级右派的矛盾等等。随着帝国主义侵略的扩大和深入，半封建半殖民地化的加深和完成，封建复辟势力反复出现，资产阶级右派专政的形成，矛盾和斗争也就更加尖锐激烈。

首先是帝国主义对中国发动了一系列的侵略战争，强迫订立了许多不平等条约。它们根据不平等条约，在中国有军队的驻扎权，可以建立租界和势力范围，取得了领事裁判权，操纵了中国的海关与对外贸易，控制了中国的交通事业。而且，在中国办厂，经营许多轻重工业企业，直接利用中国的原料和廉价劳动力进行剥削，并对中国大量倾销商

品，把中国变成了它们的工业品市场。帝国主义还通过借款给中国政府和在中国开设银行，垄断了中国的金融和财政。同时，帝国主义又在中国扶植买办阶级和支持中国地主阶级的统治，从而控制了中国的政治。此外，还进行文化渗透，如传教、办医院、办报纸、办学校和吸引留学生等，在精神上麻醉中国人民。这样，中国在政治、经济、文化、军事、司法上，逐渐丧失独立主权，而沦为半封建半殖民地社会。从1931年“九·一八”事变以后，中国又变成了一个半封建、半殖民地、殖民地社会。

从另一方面说，中国封建社会内的商品经济的发展，已经孕育着资本主义的萌芽，外国资本主义的侵入，促进了这种发展。外国资本主义对于中国的社会经济起了很大的分解作用：它们破坏了中国自给自足的自然经济基础，破坏了城市的手工业和农民的家庭手工业；但也促进了中国城乡商品经济的发展。因为自然经济的破坏，给资本主义造成了商品市场，而大量农民和手工业者的破产，又给资本主义造成了劳动力市场。由于外国资本主义的刺激和封建经济结构的某些破坏，中国的民族资本主义也得以产生和发展。在19世纪60年代末70年代初，开始有一部分商人、地主和官僚投资新式工业；19世纪末20世纪初，民族资本主义便有了初步的发展；而到“一战”期间，由于欧美帝国主义忙于战争，暂时放松了对中国的压迫，于是中国的民族工业得到了进一步的发展。

随着中国民族资本主义的发展，中国的资产阶级与无产阶级也就产生了。特别是资产阶级，由于经济力量的增长，他们便提出发展资本主义和维护资产阶级利益的要求。在70年代前后，伴随着民族资本的近代工业和民族资产阶级的产生，中国出现了反映民族资产阶级利益的改良主义思想。他们主

张抵御外侮，以维护国家主权和民族独立；要求发展资本主义，振兴民族工商业，同外国侵略者进行“商战”；要求革新政治，建立君主立宪制度。在他们看来，要使中国变贫弱为富强，必须改变封建专制制度，建立资产阶级议会制度。因为“长治久安，必基于此”。^①

到19世纪90年代后半期，中国民族工业有了显著的发展，在1895—1898的短短四年之中，新办厂矿达62家之多。其中民族资产阶级上层经济力量发展迅速，而中下层经济力量发展有限。民族资产阶级由于经济实力的增长，便要求建立一个符合自己阶级利益的政权。但民族资产阶级上层和中下层的政治要求不同。上层由于同帝国主义和封建势力关系比较密切，因此主张改良主义，建立地主资产阶级联合专政的君主立宪制度。而中下层因为同帝国主义和封建势力的关系淡薄，受压迫比较重，所以主张革命，企图用革命暴力来消灭封建君主制度，建立资产阶级民主共和国。于是，先有资产阶级改良派的戊戌变法和预备立宪等君主立宪运动，以维护清朝的君主制度。然而，很快为资产阶级革命派领导的革命运动所推翻，建立了资产阶级民主共和国——中华民国。

但是，由于资产阶级的软弱性与妥协性，革命的胜利果实——政权，被军阀旧官僚所篡夺，并一再出现帝制复辟和军阀的独裁统治。资产阶级内部也急剧分化，左派倾向于依靠工农群众，而右派则依靠帝国主义和封建势力。与此同时，无产阶级随着民族资本主义工商业的发展，特别是第一次世界大战中民族工业的突飞猛进，得以迅速成长，并走上了政治舞台。他们在自己的先锋队中国共产党的领导下，起来反对封建军阀、批判资产阶级共和政治，而称道劳动者

^① 何启、胡礼垣《新政论议》，《新政真诠》2编。