

李贵连

著

中国法的转型

法律出版社



1602

卷外借

1902

中国法的转型

李贵连——著

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

·桂林·



1902: ZHONGGUOFA DE ZHUANXING

出品人：刘春荣
责任编辑：周祖为
助理编辑：曾威智
封面设计：王 媚
技术编辑：郭 鹏

图书在版编目（CIP）数据

1902：中国法的转型 / 李贵连著. —桂林：广西师范大学出版社，2018.9
ISBN 978-7-5598-0981-0

I. ①1… II. ①李… III. ①法制史—研究—中国—清后期 IV. ①D929.52

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2018）第 137704 号

广西师范大学出版社出版发行

（广西桂林市五里店路 9 号 邮政编码：541004）

网址：<http://www.bbtpress.com>

出版人：张艺兵

全国新华书店经销

北京盛通印刷股份有限公司印刷

（北京经济技术开发区经海三路 18 号 邮政编码：100176）

开本：880 mm × 1 240 mm 1/32

印张：9.75 字数：220 千字

2018 年 9 月第 1 版 2018 年 9 月第 1 次印刷

定价：58.00 元



如发现印装质量问题，影响阅读，请与出版社发行部门联系调换。

目 录

- 引 言 1902 与中国法的转型 / 001
- 第一章 法律改革的政治动因
- 第一节 慈禧太后缓和权力危机 / 007
- 第二节 收回领事裁判权 / 009
- 第二章 法律自身的原因：传统法与社会脱节
- 第一节 法律脱离社会现实生活 / 039
- 第二节 传统司法运转失灵 / 041
- 第三章 法律改革 / 法制转型：传统法的终结 / 043
- 第四章 法律改革 / 法制转型：近代法的演生
- 第一节 外国法律和法学著作的翻译 / 069
- 第二节 新律和新律草案 / 072
- 第三节 民国法制的演化 / 083
- 第五章 礼法论争
- 第一节 法律本原实与经术相表里：
 张之洞对《刑事民事诉讼法》的批驳 / 092

第二节	因伦制礼，准礼制刑： 学部对《大清新刑律草案》的驳议	/ 097
第三节	旧义与新理——批驳与反批驳	/ 101
第四节	规范各异，道德与法律应否分离： “无夫奸”与“子孙违反教令”	/ 120
第五节	国家主义与家族主义： 新旧法律的原理原则	/ 130
第六节	劳乃宣的《新刑律修正案》与 资政院议员的辩论	/ 153
第六章	司法审判的演变转型	
第一节	“就地正法”制度和发审局制度	/ 166
第二节	各级审判厅的设立及其运作	/ 180
第七章	法学研究：西方法的输入、近代法学的产生	
第一节	西方法学的输入	/ 210
第二节	西法输入对中国的影响	/ 222
第三节	20世纪初期的法学	/ 232
第八章	结束语	/ 303

1902年1月1日，按传统的中国历法，是清光绪二十七年十一月二十二日；清光绪二十八年一月一日，为公历1902年2月8日。至于光绪二十八年十二月三十日，已是公历1903年1月28日。1902与光绪二十八年，中西历法计算小有不同，这也可算是中西差异吧。本书既以1902年(光绪二十八年)为题，因此，我想把这一年界定在1902年1月1日至光绪二十八年十二月三十日即1903年1月28日。

1902年1月7日(光绪二十七年十一月二十八日)，在八国联军的打击下，挟持光绪皇帝西逃从1900年10月26日(光绪二十六年九月四日)起，就住在西安的最高统治者慈禧老佛爷，带着傀儡皇帝，终于在这一天回到阔别一年多的紫禁城。

为了渡过因战争而带来的权力危机，早在西逃期间，老佛爷

就下达了变法改图推行新政的命令。¹如今重返紫禁城，虽然宝座重登，但是权力危机仍然没有完全消除。纸上新政，如果不付诸行动，就无法使洋人和国人认识金身重塑的老佛爷。1902年的政治日历，就在这样的局面下翻开，新政就在这样的动机下施行，法律改革就在这种新政中启动。

尘封的1902年的日志，记录了下列与中国近代法息息相关的事件：

①1月10日，张百熙受派，出任京师大学堂管理大臣。

②1月11日，同文馆归入京师大学堂。

③2月13日（光绪二十八年一月六日），张百熙奏筹办京师大学堂情形。

④2月23日，派吕海寰会同盛宣怀筹议商约事宜（1901年10月1日，即光绪二十七年八月十九日，已派盛宣怀一人议办通商行船各条约。这一天加派吕海寰）。

⑤3月11日（光绪二十八年二月二日），诏令出使大臣，查取各国通行律例，责成袁世凯、刘坤一、张之洞保送熟悉中西律例者，听候简派，准备编纂法律。

⑥5月13日（光绪二十八年四月六日），沈家本、伍廷芳受命参酌各国法律，近代法律改革正式拉开序幕。

⑦6月7日，山西官员和士绅奉巡抚岑春煊之命，与英国传教士李提摩太（Timothy Richard）、敦崇礼（Moir Duncan）订立山西大学堂西学斋章程。

⑧7月8日，英国代表马凯（James L. Mackay）到武昌，

1 如光绪二十六年十二月十日的诏书，光绪二十七年三月三日、四月十七日、八月二日、八月二十日等的诏书。

与张之洞会议商约。

⑨7月27日，命张之洞充督办商务大臣，吕海寰、盛宣怀赴湖北续议英日商约。

⑩8月15日，张百熙奏上所议学堂章程，诏颁行各省。

⑪8月28日，命吕海寰、盛宣怀将议定之英国商约画押。

⑫9月5日，盛宣怀、吕海寰与英国代表马凯在上海续订通商行船条约。

⑬9月15日，袁世凯恢复天津中西学堂（1903年4月27日，中西学堂改为北洋大学堂）。

⑭10月26日，命袁世凯充督办商务大臣，与张之洞会同办理，以伍廷芳为会办大臣，并会议各国商约事宜。

⑮12月17日（光绪二十八年十一月十八日），京师大学堂开学。

上列事件，可以概括为两点：

第一，中国的大学教育，经过一波三折后，重新启动。旧式科举教育式微，近代新式教育从此一发不可收拾，一直延续到今天。当时的三所公立大学，在学科设置上，都无一例外地将西方式的近代法学列入。京师大学堂当年招收的仕学馆速成科，正式开始讲授近代法学课程。

第二，胎死戊戌的法律改革，经老佛爷金口玉言的认可启动。不管老佛爷当时的真实内心如何，二月二日和四月六日的“奉天承运”明明白白地写着：“着各出使大臣，查取各国通行律例，咨送外务部。并着责成袁世凯、刘坤一、张之洞，慎选熟悉中西律例者，保送数员来京，听候简派，开馆纂修，请旨审定颁行。”

总期切实平允，中外通行，用示通变宜民之至意。”¹“着派沈家本、伍廷芳，将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理。”²8月28日，经过马拉松式谈判的中英通商行船条约画押，“交涉情形”一锤定音：“中国深欲整顿本国律例，以期与各西国律例改同一律”³；英国以放弃在华领事裁判权，承诺对改革支持的文字，写入条约。“中外通行”“改同一律”，按照今天的语境，就是世界化、全球化。1902年所定的这种改革的核心，尽管在改革开始后出现诸如礼法这样的争论，但是，实际运作从未偏离这个核心。

在中国社会进入近代的六十多年后，“潘多拉的盒子”终于被打开。它一打开，就势如燎原之火，再也无法被扑灭。

法律改革，从改造旧法律入手，经过十年的努力，到清王朝倾覆。通过“参酌西法”，旧的《大清律例》被改造成崭新的《大清现行刑律》；通过“模范列强”，一批以西方现代法学理论为支撑的法律和法律草案也相继出台，并初成系统。这些法律文件，当时无论实施与否，都大大开拓了中国人的视野，并使当时的法学研究成为可能。更重要的是，它们为中国学习西方法迈出了关键的，也是成功的一步。这一步结束了建构在中国社会哲学基础上的中华法系。从这时起，师法欧美成了中国法的新传统。而且，不师则已，师则师其最新，成了中国的世纪风尚。在这样的时尚下，西方法律和各种法律学说，通过翻译，潮水般地涌入中国，五光十色，令人目不暇接。

1 朱寿彭：《光绪朝东华录》，中华书局，1958年，第4833页。

2 《光绪朝东华录》，第4864页。

3 《光绪朝东华录》，第4919页。

行政兼理司法、把司法当成行政工具的局面被打破。审判从行政体系中剥离出来。新式审判机构——大理院、各级审判厅，逐步成立。

近代法学教育，以翻译介绍外国法律法学为内容，迅速普及全国。以《大清律例》为学习研究对象的旧式律学教育模式宣告结束。西方法（特别是大陆法）成为中国近代法学教育和研究的路向。直至今天，尽管世纪风云变幻，这种模式仍然是中国法学教育的滥觞。

1902年（光绪二十八年）与中国法结下的这种不解之缘，留给中国法律史太多的东西。在一百年后的今天，述说这段历史，解读这段历史，需要一本，抑或两本三本，甚至更多的专著。我在这里只就这一百多年间中国法的演变、百年中国法和法学存在的问题以及它的历史成因，谈点粗略的看法。

第一节 慈禧太后缓和权力危机

这里所说的“权力危机”是指慈禧的权力危机。为什么要谈这个问题？因为清朝末年的一切改革，没有慈禧点头是不可能进行的（哪怕是装样子的改革、假的改革）。慈禧这个人，用“新”“旧”去衡量都不合适，她是权力迷。她的眼中只有权力，对巩固她权力有利的，新的她也支持，反之，不利巩固自己权力的，旧的她也不支持，例如同文馆的设立，就得到她的支持。清朝在太平天国运动结束后还能维系几十年，慈禧起到了决定性的作用。正因为如此，她一去世，清帝国遂迅即倾覆。所以不难想象，这个时期的所有改革，都必然与慈禧的权力相联系。

慈禧是1861年咸丰死后，通过祺祥政变，用垂帘听政方法取得权力的。同治六岁即位，咸丰遗有赞襄五大臣、顾命八大臣。

通过政变，八大臣杀的杀，放逐的放逐。清廷的权力，咸丰帝之前，全操于皇帝之手；皇帝之下，权势最大的是军机处。咸丰死后，肃顺将军机处的权力转移到赞襄五大臣。政变后，权力并未回到军机处，而是分寄于两个太后和议政王奕訢。实权尽操于慈禧手中。以后，慈禧又制服奕訢，等东太后死（有传说是被慈禧毒死），真正实现了一手遮天。

清朝是讲祖制家法的，但慈禧全不把这些祖制家法放在眼里。太后垂帘，本已违背祖制家法，兄终弟及立光绪做皇帝，更是对祖制家法的践踏。但只要对她揽权有利，什么祖制家法都约束不了她。她支持同文馆，也是出于同样的目的。不管是王公还是大臣，甚至是皇帝，谁触动了她的权力，都没有好结果。有人说同治是被她逼死的。光绪搞戊戌变法，结果如何，世人皆知。对内统治她有的是办法。

但她对外国人的侵略却没有办法。

戊戌变法后，她要废光绪，先宣布光绪有病，但却受到外国干涉，由法国医生给光绪看病，结果是“无病”。加上刘坤一“君臣之义已定，中外之口难防”，只好作罢。她听从荣禄建议，立大阿哥，准备取代光绪，但各国公使都不入贺，慈禧恼怒非常，发誓“此仇必报”。

支持义和团运动以及向八国联军宣战的决心，起因也是权位。当时江苏粮道罗嘉杰揣测慈禧之意，伪造外人照会，其中有一条，就是勒令慈禧归政光绪。这一点触动了她的神经，因此下令开战。

战争失败，慈禧狼狈西逃。为挽回面子，保住权力，要装出新面孔，下诏罪己，下令改革，实行新政。法律改革，戊戌变法时就已提出，光绪也有谕旨，但改不动。1902年下令改革法律，

不过是重提戊戌法律改革罢了。

总之，1902年开始的法律改革，只是迎合了慈禧渡过权力危机的需要，并不是因为慈禧真的认识到西方法律的先进，也就是沈家本说的，知道“法为何物”，知道中国要强就要真的学习西方等等。

沈家本有一篇论说，题目叫作《法学盛衰说》。他在这篇文章中说，法学之兴与政治之实息息相关，把中国政治与法律的关系说得十分明白，可以说是一语中的。法律改革是这样，法律改革之后也是这样。袁世凯觉得《临时约法》不利于他做皇帝，可以废。曹锟搞贿选做总统，可以公布《天坛宪草》。国民党要把持党国政权，训政可以无限延续。总之，法律成了权力的附属品，这就是中国的近代法。

第二节 收回领事裁判权

在我此前引述的光绪二十八年的事件中，有好几件如④、⑧、⑨、⑪、⑫是商约谈判。我之所以要强调这个问题，是因为一个20世纪50年代以前即已十分明确的问题，到了八九十年代反而被搞乱了。这个问题就是领事裁判权（当时叫治外法权）与法律改革之间的关系问题。按照以前的观点，领事裁判权是当时清朝廷所以要变法的动机；变法正是被这一外力逼迫出来的。¹但是，

1 杨鸿烈、蔡枢衡、王伯琦诸位先生都有这种见解。王伯琦：“实则当时朝廷所以要变法的动机，几乎全是应付列强的压迫，可说全是被动的、勉强的。如沈家本删除律例内重法摺有说：‘夫西国首重法权，随一国之疆域为界限，甲国之人侨寓乙国，即受乙国之裁制，乃独于中国不受裁制，转以我以不仁之名，此亟当幡然变计者也。’”

八九十年代有些学者却不这么认为，理由就是与英国签订条约是任命修律大臣以后的事。这种见解，显然就是因为不了解这段历史而得出的错误结论。为说明问题，我引一些海关档案（这个档案，过去的学者并不知道，因而没有引用）加以证明：

《辛丑条约》签订后，清政府与英方立即开始了商约谈判。光绪二十七年八月二十六日，英国外交部派总理印度事务大臣政务处副堂马凯为办事大臣，戈颁（Henry Cockburn）、德贞（Charles J. Dudgeon）为协办大臣来上海谈判。八月十九日，清政府派宗人府府丞盛宣怀为办理商税事务大臣，与马凯谈判，同时命令盛宣怀与刘坤一、张之洞就近会商议定，另派税务司戴尔乐（Francis E. Taylor）、贺璧理（Alfred E. Hippisley）协助。这是商约开始谈判的时间，距法律改革诏书的颁布差不多半年。

总税务司赫德（Robert Hart）是这次谈判的幕后人，作用巨大。八月二十七日，他对这次谈判开了一个“修约节略”。这个“节略”的第3条是传教以及中国人入教的问题（这是领事裁判权中最大的一个问题，八国联军战争某种程度上可以说是由教案引发的）。他写道：“凡（中国人）入教者毫无查禁，固应与不入教者一体由地方官保护，亦须与不入教者一体遵循中国律例，安分守法，不得由传教者干涉地方官管民之权，而地方官亦不得以教民与平民有所歧视，区别办理，彼此总以安分度日为要。”这段话的要点是：教民与非教民都要遵守中国法律，入教的教民没有不守中国法律的特权（治外法权的延伸到教民，这是以前教案频繁

方今改订商约，英美日葡四国，均允中国修订法律，首先收回治外法权，实变法自强之枢纽。”这是当时变法的真正意义。”见氏著：《近代法律思潮与中国固有文化》，第18页。

的重要原因)，此其一；地方官不能歧视教民，教民与非教民的纠纷要公平处理（这也是很重要的一点，入教的教民，在民间和官府的眼里是异类、地痞流氓），不能偏袒，此其二。

第4条是有治外法权的外国人在中国如何对待中国法律的问题。他写道：“各国人民固应照约按本国律例，由本国官定办，然亦应知中国自有律例，凡华民照例不准行者，各国人民亦一律遵守，以昭公允。（这很矛盾。既要照约享有领事裁判权，又要遵守中国法律，做得到吗？）此条似系早晚必废之件，惟其间若中国能于各通商口岸自行另立衙署，请各国领事官用为审案公堂，并由中国派员在座听审，以资学习，并随时注写可用之律章，俾日后不归管辖之条件作废时，中国亦能取信于各国，不致接办时遇事踟蹰。”这一条，也有两个要点：一是在治外法权没有废除前，受治外法权保护的外国人，在中国也要和中国人一样，遵守中国法律（不遵守怎么办？它没有说，看来是要谈判了）；二是治外法权早晚要废除，为使废除之后，中国审判不致“踟蹰”，必须先采取一种措施办法，进行过渡。

这两点，一点针对教民（本身是中国人的教徒），一点针对享受治外法权的外国人。很显然，在正式谈判前，赫德已经注意到领事裁判权的问题，并且已在他们的往来信件中提出。正因为如此，公历1902年1月10日在盛宣怀家中举行中英商约谈判第一次会议时，双方立场立即明朗。请看当时的会议记录：

马凯在会上逐一提出下列各款：

1. “英国臣民应能在中国无论何处买地、租地、买房、租房，以便居住、贸易、制造，并安装机器，以备一切之用。英国臣民及其华洋代理人均可任便在各处侨居

贸易，不受阻挠，所有赋税一概豁免。”

……盛宣怀提出反对，他说那样办将使中国对于内地的外国人无法管辖。……

盛宣怀认为提出这一要求时机过早，而且只要治外法权存在一天，中国决不能答应。他说中国的法律不久即将修订，以与各国的法律更相接近。将来外国人如能像在日本一样受地方官吏的管辖，即可准给这项权利……

谈判从此开始，持续了七八个月，最终在湖北武昌纱厂与张之洞谈判时，协商一致同意，将中国改革法律、英国放弃在华领事裁判权的条款，写入商约。修律谕旨中所说的“按照交涉情形”，就是这个交涉情形。

“外力逼迫”，这就是外力。西方列强把中国强行推入世界资本主义市场。他们要在中国推销商品，投资设厂。这就是商品输出，资本输出，把中国变成他们的市场。市场要有法则，而中国法律不能提供这种法则，所以要适用他们的法律，由他们来审判，因此有领事裁判权。领事裁判权侵犯了一个国家的主权。辛丑以后，列强又高唱要“保全中国”，所以赫德有“早晚必废”的预感。这是就西方国家而言。而就中国来说，慈禧老佛爷有权力危机，这是一方面；另一方面，由领事裁判权带来的租界问题，威胁到清王朝的生存。为什么？因为租界由外国人管理，清朝官方权力无法干涉。因此，反清团体（以孙中山为首的革命派）、反慈禧老佛爷的保皇派、各色各样的不满分子，聚集租界，办报纸、发演说、造反作乱，官府无可奈何。这不是我的臆测，商约谈判涉及了这个问题，1902年7月14日武昌纱厂谈判有记录。当马