

中国近代 法律的变迁

(1689——1911)

王涛 著



法律出版社

中国近代法律的变迁 (1689—1911)

The Law Revolution of China in Ch'ing Dynasty

1689—1911

王 涛 著

法律出版社

北京·1995年5月

内容提要

本书用比较法的方法观察中国近代法律史。从历史比较法学、法律的近代性、人类共同的法律等概念出发,本书认为法律应当在最一般的概念上来被理解,只有如此,才可能发现中国民族精神中的法律。本书强调东西法律的共性和发展的共同规律,认为中华法系的解体、中国法律的近代化是人类法律发展的必然的趋势所致。中国古代法律所取得的成就虽然掩盖了中国法律的变革力量,但这种变革力量是存在于任何社会中的,近代东来的西方法律文化启迪了中国法律的变革,使中国沿袭西方的轨道、仿照西方的模式建立了近代法律体系。

题 记

既然痛苦是快乐的源泉，
那又何必因痛苦而伤心？
难道不是有无数的生灵，
曾遭到帖木儿的蹂躏？

——引自歌德《东西诗集》中《给祖
莱卡》一诗

序

中国法制史是一个难度很大的学科。它是法律与历史的切合点。对它进行学习和研究,需要一点耐得寂寞、甘于清苦的精神,只有付出极大的努力、深入地、全面地掌握法律和历史方面的知识,并对它们进行富于创造性的思考,然后才能有所得。中国法制史也是一个极有魅力的学科,很多有才华、有功力、有志向的年轻人被吸引来致力于这方面的研究,他们将他们的人生中最美好的时光贡献给了法制史学科,并且只求耕耘、不问收获。这是值得鼓励的。王涛同志是其中一个。作为他的较宽阔的知识面和对近代法律史思索积累的成果,是《中国近代法律的变迁(1689—1911)》这本专著问世。

这是一本较为新颖的著作。作者从新的角度来阐述中国近代法律史。从中华法系自身的特征出发,作者综合地探求中国法律发展的内部、外部动因以及发展的规律,进而从国际公法、国际私法、中外文化交流、中国近代法律思想等各个方面较为客观准确地考察了西方近代法律与中国发生联系、西方近代法文化在中国的传播,中国人接受近代法律文化的途径和效果。该书把法律制度史与法律思想史融合起来进行研究,把法律的变迁放入社会历史文化的大背景中来观察,深究中国法律近代化的得失,并勾勒中国法律近代化的大图景。作者也提出了若干新的概念和观点,表现出年轻学者敢于探索、勇于开拓的特点,同时也表现出作者的理论创造力。

从用比较法的方法来对中国近代法律进行的全面研究来说,

这本书未尝不是一本填补空白的著作,它不仅给学者们在研究中国近代法律时提供更开阔的视野,而且在总结、借鉴中国现代化的历史经验教训,对当前中国的改革开放、吸收全人类文明成果等方面,都有一定的参考意义。

这本书的出版是一件令人欣慰的事。这本书出版的时候,作者正是风华正茂、蓬勃上进的年纪。作为指导老师,我期待王涛能够继续不懈地努力,期待他迅速成长为法制史学科的优秀后继之才。

张晋藩

1995年3月30日

作者序

在这本书中，我试图用九个章节来描述中国的法律如何从古代走向近代。这样的书，我想应当在我再经过几十年不间断的读书和思考然后来写。历史是无时不有的，而法律则无处不在，要写一部法律史，我几乎必须读所有的书、了解所有的事，这需要大量的知识。因此，除搜集必要的出版物之外，我还必须要了解有关的历史档案、文物、地方史志，或作实地考察，由于中国近代史是一段仁者见仁、智者见智的历史，因而除了获取中文资料之外，还必须对西方人写的东西有所了解。牵涉到的面是极广的，哲学、政治、军事、外交、宗教、经济、教育、文化事业、社会习惯、社会意识，等等，它们都可能是法律变化的内容或者原因。学科之间又是没有明显界限的，自然科学、文学艺术的修养对于理解法律史也一定会有裨益，（美国学者伯尔曼就曾经在《法律与革命》一书中将法律的发展与音乐的发展作过比较）。另外，对现实生活思考得越多，对历史的思考也一定会越深刻。这都需要时间。我虽然能在很年轻的时候就对理论和历史开始有兴趣，但是不谦逊地说，作为一个法史学者所应具备的修养，我现在还差很远、很远。这需要时间来弥补。年轻不是借口，但又是最好的借口，使我在求教于前辈们的时候敢于倚小卖小。

但是在真正动手写作的时候，我又才意识到我是在从事一项多么具有挑战性的工作。这本书原来的书名是《西方近代法律对中华法系的影响》，随着我的研究范围的扩大，书名变成了今天的模样。我既然给自己提出一项如此包罗万象的任务，我就应当要作好

准备。我深知凡是从事过法史任何一方面专门研究的人都会远远地胜过我,都会感到这本书某些范围内容的不足。他们还会发现,由于压缩和概括,本书对许多问题简单化了。我希望我能用综合考察、综合研究的方法来讨论历史、研究历史,以便把我所有知识和智力统一起来,用于理解那些复杂的历史事件。

这本书在写作过程中得到了许多人士的关怀,我谨向所有给予我帮助的人致以谢意。我特别感谢指导老师张晋藩先生,他在百忙之中为我提供指导并作序。

王 涛

1994 年冬末于北京

目 录

张晋藩序.....	(1)
作者序.....	(1)
导 论 中国法律近代化:	
世界历史中的中国近代法律史.....	(1)
第一节 走出中世纪.....	(1)
中国历史(1) 近代(3) 法律的近代性(4)	
第二节 法律和历史.....	(6)
法律的近代化(6) 历史的试金石(8) 中国的失败(10)	
第三节 西方与中国	(12)
压倒一切的动机(12) 人权(13) 上帝的福音(14) 洋商与买办(16) 洋幕宾(18) 洋专家(19) 民族利益之争(20) 野蛮与文明(22)	
第四节 法的世界精神	(23)
世界历史(23) 白种人与近代法文化(25)	
第一章 庞大的法律体系:	
中华法系	(27)
第一节 庞大的法系	(27)
中华法系(27) 作为法律的哲学(29) 儒家法律传统(31)	
非儒家法传统(32)	
第二节 法律渊源	(34)

钦定成文法(34) 家族法(36) 儒家经典(37) 伦理习惯法(38)

第三节 中世纪的法律 (40)

皇帝(40) 民法(41) 刑法(43) 诉讼法(45)

第四节 保守与变革因素 (47)

经济与法律(47) 既得利益者(49) 道德信仰传统(50)
易(51) 思想反叛(52) 战争(54) 西方的营养(56)
人类共同的法律理性(57)

第二章 走向国际大家庭:

中外战争、外交与近代国际法 (59)

第一节 从古典国际法到近代国际法 (59)

古代(59) 世界霸权和华夏秩序(60) 近代国际法(63)
国际法的近代性(64)

第二节 中国近入国际大家庭的基础 (67)

国与国际(67) 主权国家间的来往(68) 共同的价值观念与
战争(69)

第三节 坐到一个桌面上来 (70)

俄国的兴起(70) 尼布楚会议(71) 尼布楚条约(73)
1689年以后的中俄关系(75)

第四节 条约制度 (76)

条约制度与中国近代史(76) 近代中外条约的有效性(77)
消极意义(77) 积极意义(78)

第五节 中国外交制度的近代化 (80)

外交机关的正规化(80) 外交官员的职业化(82)

第六节 国际法学在近代中国 (84)

黎明与黄昏(84) 张诚时代(85) 林则徐时代(86)
丁韪良时代(87) 学堂时代(88)

第三章 法律价值的碰撞:

早期中外法律冲突个案	(90)
第一节 蕃坊时期	(90)
1415 年琉球贡使案(90) 1429 年爪哇贡使案(90)	
第二节 西方的屈从	(91)
1689 年防御号案(91) 1749 年安巴罗修道院案(91)	
1773 年肆阁案(92) 1821 年德兰诺瓦案(93)	
第三节 清代的有限属地主义	(94)
清代的有限属地主义(94) 1735 年荷兰水手背叛案(95)	
1754 年布朗案(95) 1780 年斯脱尔蒙号案(96) 1814 年	
多丽丝号案(97) 1830 年麦肯齐案(98)	
第四节 西方的反抗	(98)
1721 年博尼塔号案(98) 1784 年休斯女士号案(99)	
第五节 清代涉外民商案	(100)
1759 年洪任辉案(100) 1777 年倪宏文商欠案(101)	
1780 年颜时英商欠案(102) 1814 年潘昆水债权案(103)	
第六节 西方的侵蚀	(104)
1800 年朴维顿号案(104) 1807 年海王星号案(106)	
1810 年夏罗德号案(106) 1821 年陀巴士号案(107)	
1839 年林维喜案(108)	

第四章 绚烂的外面世界:

出洋华人与西方近代法文化	(110)
第一节 海外侨旅与西方近代法文化	(110)
到国外去(110) 不安本分之人(111) 樊守义和谢清高	
(112) 林鍼(113)李圭(114) 斌春(115) 王韬(115)	
梁启超(117)	
第二节 留学生与西方法文化	(119)
高类思(119) 容闳(119) 严复(121) 戴翼翬(121)	

第三节 中国使节与西方法文化…………… (123)

志刚(123) 郭嵩焘(125) 黄遵宪(126) 薛福成(128)

第四节 考政大臣与西方法文化…………… (129)

戴鸿慈(129) 载泽(130) 达寿(132) 吴汝纶(133)

第五章 法律标本陈列室:

租界、领裁权与近代法律制度…………… (134)

第一节 租界、领裁权与国际法…………… (134)

西方的学说(134) 东方的观念(136) 租界在中国的建
立(136) 领裁权制度在中国的形成(137) 法律标本(139)

第二节 租界内的近代法律制度…………… (141)

三权分立(141) 立法机构(141) 法律的分类(142)
行政法规(142) 立法程序(142) 立法投票权(143)
司法管辖(143) 近代监狱(143) 逮捕程序(144)
行政诉讼制度(144) 律师制度(144) 劳干案(145)
黄遵宪案(145) 龚超案(146)

第三节 各种视角中的会审公堂…………… (146)

对租界华人的司法权(146) 苏报案(147) 黎黄氏案(148)
法制示范(149) 非法制化(150) 侵夺主权(150) 保护人
权(151)

第六章 莽莽欧风卷亚雨:

近代中国传媒与西方法文化…………… (153)

第一节 第三次高潮…………… (153)

传播媒介与社会变革(153) 第三次高潮(154)

第二节 翻译与出版事业对近代法文化的传播…………… (155)

睁眼看世界(156) 经世大题目(156) 同文馆和江
南制造局(157) 广学会(158) 宪政编查馆和修订法
律馆(160) 东京(161) 商务印书馆(163)

第三节 新闻事业对法文化的传播…………… (165)

南方海岸(165) 上海(166) 维新鼓吹(167) 革命号角(168)

第四节 教育事业对近代法文化的传播…………… (169)

教育制度的变革(169) 新学堂中的法律课(171) 法政学堂(172)法政留学(174) 学界风潮唱自由(175)

第七章 百年民主富强梦:

中国法律思想的近代化…………… (177)

第一节 新思想的胜利:法律改革…………… (177)

法制的稳定与灵活(177) 老调新工(178) 天国新制(179)
洋务新法(179)戊戌维新(180) 晚清新政(180)

第二节 新思想的胜利:学习西方法律…………… (181)

师夷长技(181) 资政新篇(182) 中体西用(182) 效仿泰西(183) 模范列强(183)

第三节 新思想的胜利:民商法…………… (184)

从重农抑商到商法救国(184) 呼唤民商法(185)

第四节 新思想的胜利:民主政治…………… (187)

东方专制的危机(187) 西方民主制度的诱惑(189) 政治改革思想的燎原(190)

第五节 新思想的胜利:人权…………… (193)

诉权(193) 人道(194) 妇女(195) 天赋人权(196)

第八章 中华法系的终结:

近代法律体系在中国的建立…………… (199)

第一节 西方法在中国的早期移植…………… (199)

崩溃还是解体(199) 近代外交制度(200) 教育制度(200)
保险制度(201)邮政制度(201) 银行制度(202) 海关制度(202)警察制度(203)

第二节 宪法的移植…………… (204)

宪法(204) 三种政体理论的两次争夺(205) 晚清帝
国的错误(208) 晚清宪政的发展(209)

第三节 近代部门法体系的建立..... (212)

民法及关系法规(212) 民事诉讼法及关系法规(214)

刑法及关系法规(214) 刑事诉讼法及关系法规(215)

行政法规(215)

附录:征引资料目录 (219)

导 论 中国法律近代化： 世界历史中的中国近代法律史

第一节 走出中世纪

中国历史 中国历史上的法律文化一直在不断地吸引着人们的兴趣。不同国家、民族、不同流派、方法、观点的各路学术英豪都曾经对它倾注过研究力量。我们之所以能够兴致盎然地、并且不厌其烦地对这些过去的事情去过问、去叙述、去喋喋不休地进行争论，的确是因为这个古老帝国的独特历史具有无穷魅力。中国历史的形象于人们心目中大起大落过，在古代，在西欧文艺复兴时代之前，西方人眼里的中国是难以置信的发达与优秀。^① 到18世纪，一批欧洲启蒙大师怀着极浓的兴趣来研究中国历史，尽管有人已经透见了中国历史发展的迟滞性，^② 但对中华民族的经验理性和东方式的智慧都是充满了赞叹。^③ 而在这时以前，中国人一直认为自己的祖国是天朝上国、是中华之国。19世纪以后，对中国的乐观情绪已经烟消云散，在以后的日子里，由于“该国的贫困和劣政已经达到了无可救药的地步”^④，中国历史的形象在东方人的心目中、

① (意)波罗著，冯承钧译：《马可波罗行记》。

② (英)亚当·斯密著，郭大力等译：《国富论》，上卷第85页，等。

③ (德)夏瑞春编：《德国思想家论中国》。

④ (美)吉尔伯特·罗兹曼主编，国家社会科学基金“比较现代化”课题组译：《中国的现代化》，第2页。

在西方人心目中已经变得暗淡无光,随后,在中国又出现了民族虚无主义。

循着某些民族虚无主义者的思路,我们可能把中国的历史指摘得一无是处,但是历史毕竟是已经发生了的事情,它就在那儿。中国是一个庞然大物,它在许多方面无与伦比。古代中国的人口、这些中国人居住的地域、这些人结合在一起所形成的国力,都要大大超过古罗马帝国。中华民族有着非凡的气质。中国还有举世无双的历史的连续性,它创造了极其高深的、令人叹为观止的文化。而对于今天的西方人来说,还有一个很重要的事实,即,中国历史正经历着迅速的发展与变化,“在迅速缩小的世界上,与人类的这一庞大部分的关系,对西方人的生活会产生深刻的影响。”^①

历史不是婢女,也不是可以任人打扮的小姑娘,当我们由于对历史的无知、或由于对历史存在的某些主观偏见而下意识地受到历史的消极的、积极的影响而不能自拔的时候,我们就能够明白历史原来是如此重要。

中国的法律也象中国唐诗、晋字一样是这个国家自身文化的体现。中国古代法律制度的历史同中国的整个历史一样具有其独特的个性,是“具有典型意义的东方民族的古老的法制史”。^②中国古代法律文化本身是中国文化整体的一部分,而中国古代法律文化又为中国创造如此灿烂辉煌的民族文化立下了汗马功劳。古代中国的法律曾被认为是中国繁荣昌盛的原因,同时中国文化的伟大成就本身又被认为是阻碍中国历史发展的包袱。^③拿我们今天的法律制度与我们祖先的法律制度进行比较,我们发现它们有着极大的不同,尽管有的法律传统被我们继承下来,有的甚至还在发

① (美)费正清等著,陈仲丹等译:《中国:传统与变革》,第1页。

② 张晋藩著:《中国古代法律制度》,第6页。

③ (美)费正清编:《剑桥中国晚清史》,第9页。

挥着重大的影响(不论是消极的还是积极的),但是,可以肯定,由于超过了某个临界点,古代中国的法律体系已经消亡了。^① 法律自身是不断发展变化的,中国历史上的法律一直一脉相承地发展着变化着,而在最近一两百年里它所产生的变化是以前任何世代都不能比拟的,这是一场巨大的、整体的文化变迁。中国近代法律的变迁是中国历史的一部分,它的变迁又深深影响着中国近代化的全部过程。

近代 “近代”这个词在中国的出现在晚清时期。在清末民初翻译的西方著作中经常有“近世”、“近世史”一类的词出现,其直接词源是英语“modern”和“modern history”。一般的英文词典对 modern 的解释是:“of the present or recent time”,汉语中很难找到一个与 modern 完全对应的词,上述词典中的汉语解释为“近代的、现代的”。^②可见 modern 一词的时间跨度之大。作为历史概念,英文“modern time”大致指从 16 世纪开始一直到现在时期。^③历史学家、经济学家、法学家、社会学家等等,各专业的学者在用到 modern 这个词时,往往都从自己的专业方向、各自的学术背景出发来提出问题,对它赋予不同的概念,这样,“modern”是一个“外延非常模糊的术语。”^④

就汉语而论,属于 modern 所指历史的时期的,一般有三个词:近代、现代、当代。虽然模糊的概念并没有妨碍我们对它的使用,但是至少应当把“近代”从中区分开来,因为,可以肯定,“近代”是过去的一段时期,是与现、当代相接的、已经结束了的历史时期。

① 张晋藩:《再论中华法系的若干问题》,著者《法史鉴略》。

② The Advanced Learner's Dictionary of Current English with Chinese Translation, word modern.

③ Webster's Third New International Dictionary.

④ JK Fairbank and others: Cambridge History of China: The People's Republic, P. 23.