

LAW LAW LAW 法学论丛



法律史

近代中国 法制与法学

◆ 李贵连 著

北京大学出版社

LAW LAW LA 法学论丛



法律史系

ISBN 7-301-05941-8



9 787301 059418 >

责任编辑：陈 莉

封面设计：常燕生

ISBN 7-301-05941-8/D·0670

定价：29.00 元

法学论丛

LAW

法律史系列

0907
133

近代中国法制与法学

李贵连 著

北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

近代中国法制与法学/李贵连著. —北京:北京大学出版社, 2002. 11
(法学论丛)

ISBN 7-301-05941-8

I. 近… II. 李… III. ①法制-研究-中国-近代-文集 ②法学-研究-中国-近代-文集 IV. D929.5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 084337 号

书 名: 近代中国法制与法学

著作责任者: 李贵连 著

责任编辑: 陈 莉

标准书号: ISBN 7-301-05941-8/D · 0670

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

电 话: 出版部 62754962 发行部 62754140 编辑部 62753121

排 版 者: 高新特激光照排中心 62637627

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

890 毫米×1240 毫米 A5 开本 17 印张 507 千字

2002 年 11 月第 1 版 2002 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 29.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

前 言

本书汇集 1981 年我进入中国法史学领域以来发表的论文。从 1978 年考入北京大学法律学系硕士生起,我的研究点就定位在近代法上。二十多年来,围绕中国法律近代化和中国近代法学,陆陆续续写了一点东西。集结在本书中的文字,都是这两方面的内容。其他方面的内容,不予选入。

本书集结时,曾拟分七卷,后从刘广安教授之议,改分六卷。卷一法制,为法律近代化专论。卷二法学,为近代法学之研究。卷三为沈家本专题。卷四是近代法制变革转型中一些重要人物思想专论。卷五是考论。卷六是讲演。但是,不管如何分卷,都以前面所说的两个方面为中心。

有些文字,原拟不上集子。如 20 世纪 80 年代对《大清新刑律》与《大清现行刑律》的辨析问题。今天学界是再也不会出现这样的错误了。但是,从另一个角度,即从近百年法学发展角度来看,似乎还是应该放进去。一个二三十年代学界就十分清晰的问题,到 80 年代反而成了一瓶浆糊,闹了一个大笑话,问题本身不是很值得人深思的吗?

就法制近代化和近代法学研究而言,本书也有很多欠缺的地方。如卷四重要人物专论。其实是我研究涉及的人物,不是所有重要人物。还有几位,我自认为对中国近代法制和法学起过十分重要作用的人物,卷中并未出现。再如卷二法学,可以说只是开了个头,没有深入系统的研究。如此等等。这种欠缺,其实既是本人才力才气的欠缺;另外,也因为这样的课题,不是一个人的研究所能完成的。我希望国家繁荣,学术昌盛,由后起才俊之士,对中国近代法制和法学,做出更深入、系统、完整的研究。

我从来就认为自己是一个没有多少才气才力之人,是时代和谋生需要把自己推上学术之路。职是之故,所以本书所集文字,有一些篇,虽然到现在仍被一些论文集作为优秀论文抽出集结在新出的论文集中(如《中国法律近代化简论》,就被《比较法研究》编辑部抽出,集结在《比较法学文萃》中,2002年5月由法律出版社出版),但是,我始终认为,这些都是缺乏才气,对问题还有深入分析余地的文字。也正是这个原因,所以在评奖风行的今天,我很少拿这些东西去给评委先生们评,因之,也就少有中奖之作。反过来,没有经人评,没有中奖,也就说明它的平凡。总之,本书所集,乃是平凡之人的平凡之作,谋生之作。

但是,这些文字虽然平凡,有一点我还是颇感自慰的。这就是,文中涉及的问题,主要是在教学和谋生过程中被逼出来的个人的发现,个人的心得。例如:《清末修订法律中的礼法之争》、《中国法律近代化简论》、《晚清的法典翻译》、《二十世纪初期的中国法学》、《清末民初寺庙财产权研究稿》等等,在本文发表前,都是学术界尚未开拓之地。沈家本的专题研究,也是在荒僻之地中艰难走出来的。可以毫无愧色地说,本集所有文字,都是自己的苦读之得,苦思之得,心血之得。自己发现问题,自己解决问题,如此而已。也正因为这个原因,所以论述难免错误,文字也难免疏漏。此次集结,基本上照旧,不作删改。这样也就难免存在这样一个问题:由于写作的时间跨度长,观点难免前后出现矛盾;引用资料则因各篇立意不同而出现重复。对此,我原想进行修改,但是,最后一想还是存之为好。自己既可偷懒,也便于读者认识一个平凡人,因此读者尽可评头品足,我不会以此为忤。

我快行将花甲。在这80余热、90晚霞的长寿时代,虽然不能遽称为“老”。但是回首以往,自己既没有“如歌的岁月”,也没有慷慨助人的豪举。有的是苦苦求索。虽然想潇洒潇洒,但是没有这种机会,也没有这种心态。近几年更是“生非容易死非甘”(郁达夫语),接受了认识的或不认识的朋友们,在精神上、物质上对我的帮助。困境中,偶尔为文,实实在在是无可奈何之事。“知我者谓我

心忧，不知我者谓我何求，悠悠苍天，此何人哉”！这就是我的现在。但是，我不怨天，不忧人；相反我感谢苍天，感谢世人，感谢这几年帮助我的认识或不认识的朋友。因为他(她)们的关爱，让我还实实在在地生活在这个世界上！

就写这几句话，作为前言吧！

李贵连

2002年8月8日

于北大燕北园寓所

目 录

卷一 法 制

中国法律近代化简论	(3)
清季法律改革与领事裁判权	(38)
晚清的法典翻译:《法国民法典》三个中文译本的比较研究 ...	(49)
近代中国法律的变革与日本影响	(69)
晚清立法中的外国人	(96)
清末修订法律中的礼法之争.....	(110)
儒家化法律走向近代的若干问题.....	(137)
清末民初寺庙财产权研究稿.....	(149)

卷二 法 学

20 世纪初期的中国法学	(181)
20 世纪初期的中国法学(续)	(202)
传统法学的殿后人和殿后作 ——兼论《读例存疑重刊本》之价值	(234)
《20 世纪的中国法学》序	(243)

卷三 沈家本专题

沈家本与清末立法.....	(249)
沈家本与中国法学近代化.....	(287)
沈家本研究三题.....	(300)
沈家本中西法律观论略.....	(316)

卷四 近代人物专题

孙中山与中国法律近代化·····	(333)
张之洞法律思想研究·····	(353)
杨度的国家主义法律观·····	(372)
劳乃宣的家族主义法律思想·····	(383)

卷五 考 论

《大清新刑律》与《大清现行刑律》辨正·····	(401)
晚清《国籍法》与《国籍条例》·····	(410)
晚清“就地正法”考论·····	(416)
话说“权利”·····	(437)
保定教案与沈家本被拘考·····	(451)
《寄簪文存》版本漫谈·····	(478)
专家与当家·····	(487)
假除弊为由,掩杀人之迹 ·····	(494)
书《旧抄内定律例稿本》后·····	(501)

卷六 讲 演

晚清法律改革与中国法律现代化·····	(511)
礼与法:传统的断裂与断裂后的传统	
——20世纪初期中国法律的改革反思·····	(521)
自然现象、超自然现象与中国古代的审判 ·····	(534)
后记·····	(538)

卷一 法 制

中国法律近代化简论

1840 年爆发的鸦片战争,揭开了近代中国社会的序幕,但是,中国的国家形态,并未与时代同步跨入近代,成为一个近代的国家。法律形态是国家形态的重要标志之一,它和近代中国的国家形态一样,在近代化的过程中,走过一条曲折而艰辛的道路。

西方列强的鸦片毒品和新式船炮,不但打开了古老的中国海关大门,也打破了几千年流传下来封建士大夫们脑中的中国中心梦。西方资产阶级的文化和传统,紧随西方列强的商品滚滚东流。有着几千年光荣历史,包括法文化在内的古老东方文明,在西方文化(包括法文化)面前,很快失去了昔日的光辉。两种截然不同的法文化,在中国近代社会发展的内部矛盾斗争中,由对立冲突到调和融合。最后,古老的中华法系终于在这种冲突和融合中自行解体。中国法律由此走出中世纪,进入近代。这是一个曲折痛苦的过程。在血与火的年代,前进与倒退,守旧与创新,传统与外化,既严重对立,又相互调和,在困惑和迷惘中,于 20 世纪初年走完了这段路程。

一、陷入困境中的封建法律

法者治之具也,自古以来就被社会统治者视为统治社会的重要工具。我国的封建法律,自先秦李悝制定《法经》到清朝入关纂定《大清律》,历时二千多年,饱经沧桑,经无数封建政治家、律学家损益删补,曾经是包括清王朝在内的历代封建王朝维护封建统治十分有效的工具。但是,自鸦片战争后,由于外受列强的压迫,内遭人民大众的反抗,加上统治阶级自身的践踏,这一有效工具逐渐败坏,以致与社会现实生活脱节,无法继续维护封建统治秩序。它陷入无法摆脱的困境之中,完全丧失了昔日的权威。

（一）领事裁判，列强对中国法权的侵夺

为了侵略的需要，西方文明强盗打开中国海关大门后，立即借口清朝法律的野蛮落后，着手建立领事裁判制度。“外人不受中国之刑章，而华人反就外国之裁判”^①，害莫大焉。

这一制度确立于第一次鸦片战争所订立的第一个不平等条约——《虎门条约》，以及稍后的《中英五口通商章程》。而在第二次鸦片战争所订立的《天津条约》中系统化完善化。19世纪50、60年代出现的上海会审公堂制度，是领事裁判权的进一步扩张。英、美、法等国的“按察使衙门”，“英皇在中国的高等法庭”，美国的“在中国的合众国法庭”，日本在东北设立的法院，因之公然在中国的土地上依照外国法律，行使审判权，审判中国人。领事裁判权（近代又称治外法权）的核心问题是：凡与清朝政府缔结过条约的国家，其侨居中国的公民，均不受清朝法律的管辖。他们在中国境内与中国人发生争讼，不论是刑事案件还是民事案件，均由其国家派驻中国的领事依照本国法律审理，清政府的各级司法机关都无权过问。因此，这种制度一确立，清王朝即丧失了对进入中国境内的外国侨民的法律管辖，原有的完整的司法权也因之而丧失。其结果，不但严重地破坏了中国原有的社会秩序，同时也给清王朝的统治带来严重的危机。19世纪60年代到90年代，中国境内发生的数以千计的大小教案，以致1900年爆发的义和团运动，都与这种制度存在着直接的或间接的因果关系。

对领事裁判权的这种危害，不但资产阶级有痛切的感受，戊戌维新时将它列为法律改革的理由之一，封建统治集团内部的有识之士，也十分清楚这种危害。20世纪初年，主持法律改革的修订法律大臣沈家本，在阐述旧律必需改革的理由时，即屡屡陈言：“国家既有独立体统，即有独立法权，法权向随领地以为范围。各国通例，惟君主大统领，公使之家属从官，及经承认之军队、军舰有治外法权，其余侨居本国之人民，悉遵本国法律之管辖，所谓属地主义是也。独对于我国藉口司法制度未能完善，予领事以裁判之权，英规于前，德踵于后，日本更大开法院于祖宗发祥之地，主权日削，后患方长。”又说：“景教流行，始于唐代，有大秦、摩尼、袄神之别，言西教者喜为依托。自前明

以至国初,利玛窦、熊三拔、汤若望、南怀仁之流,藉其数学传教中国,虽信从者众,而与现在情形迥异。教案为祸之烈,至今而极,神甫、牧师势等督抚,入教愚贱气凌长官,凡遇民教讼案,地方闾于交涉,絀于因应,审判既失其平,民教之相仇益亟。盖自开海禁以来,因闹教而上貽君父之忧者,言之滋痛。推其原故,无非因内外国刑律之轻重失宜有以酿之。”^②领事裁判权对清朝法制的破坏,成为采纳西法以改革中法的直接原因。

(二) 天朝新制,历史悲歌与时代新曲

农民处在封建社会的最下层,帝国主义与封建主义的双重压迫,使他们对封建法制深恶痛绝。因此,太平天国英雄们在发动武装起义之始,便把斗争的矛头指向清王朝封建法制。在《奉天讨胡檄布四方谕》中,他们痛斥清王朝“造为妖魔条律,使我中国之人,无能脱其网罗,无所措其手足;”“官以贿得,刑以钱免。”“起义兴复中国者,动诬以谋反大逆,夷其九族”。总之,封建统治和封建法制,纵罄南山之竹,亦写不尽满地淫污;决东海之波,洗不尽弥天罪孽。

天国英雄们憎恨相凌相夺相斗相杀的封建之世,向往强不犯弱,众不暴寡,智不诈愚,勇不苦怯的公平正直太平之世。“天下多男人,尽是兄弟之辈,天下多女子,尽是姐妹之群,何得存此疆彼界之私,何可起尔吞我并之念”。^③带着这种美好的理想,革命初起,天国领袖们便以“天条”形式,规定起义军要孝顺父母,不要杀人害人,不要奸邪淫乱,不要偷窃劫抢,不要讲谎话,不要起贪心;把忤逆父母、杀人、奸淫及吹洋烟(抽鸦片)唱邪歌、偷窃劫抢他人财物,讲谎诞鬼怪之话并一切粗话,以及贪人妻女贪人财产及赌博等,视为犯天条,而加以外罚。^④

定都天京后,农民们立即制定诸如《天朝田亩制度》等法律,将自己的理想付诸实践。这些法律,从土地分配、婚姻嫁娶到犯罪和刑罚、诉讼制度等问题,都一反清朝封建旧法制。太平天国的法制虽然因时代和农民的阶级局限,而存在不少落后成分,并因战争等等原因而无法全面实施。但是它在大半个中国否定和取代了封建法制长达十多年,其摧毁旧法制的革命作用实在不能低估。

特别值得一提的是洪仁玕的《资政新篇》。这本得到天王洪秀全同意颁行的著作,既是农民理想的进一步升华,又是近代中国实现国家近代化的纲领。这是一首时代新曲。它描绘了依法治理天国的蓝图。“所谓以法法之者,其事大关世道人心,如纲常伦纪、教养大典,则宜立法以为准焉”。“以法法之”之“法”,不是一般的“法”,而是治理天国的新法。这种新法,立法人是经过磨炼,洞悉天人性情,熟谙各国风教,大小上下,源委重轻,无不了然于胸中者。而新法之内容,则包括与外国的平等交往,以及交通(铁路、轮船)、银行、机器制造、开矿、邮电、新闻、商业、教育等等。这些思想和主张,为前古所罕有,为封建法制所未闻。

《资政新篇》所提出的理想,虽然因种种原因而未付诸实践。但是,它在 19 世纪 50 年代便如此详尽的提出了采用西方国家的先进制度,以治理天国的方案,其见识远胜封建统治者,而其本身则是对封建法制的否定。

(三) 就地正法,中央对地方失却控制

满清贵族入主中原,统一全国以后,“一代法制,多所裁定”^⑤。在总结历史经验的基础上,建立起一套完备的司法审判制度。死刑案件的审理,必须遵循严格的法律程序,以保证封建皇帝对死刑案件的终审权。

按照清朝法律的规定,京师以外的全国各地的死刑案件,都由案发地的州县进行初审,然后层层转解。经各级审转复核,最后由巡抚总督以结案报告形式向皇帝专案具题,由皇帝作出终审裁决。

这种死刑复核制度,保证了皇帝手中握有对全国臣民的生杀大权,维护了皇帝的绝对权威。但是,它也存在弊病。一是层层审转递解人犯,结案时间长(往往几年),耗费的资财大。二是转解途中囚犯安全没有保障。这种费时耗资的制度,适于和平安定时期。在太平天国革命爆发,全国性的大动乱年代,显然不能有效地为维护封建统治服务。以快速、省事、严厉为特征的“就地正法”,正好弥补了这种死刑复核制度的缺陷。但是,它造成了另一恶果,即原有的封建法制由此而被打乱。

咸丰三年(1853年)三月,即太平天国革命爆发后的第三年,就地正法以清朝皇帝诏旨的形式宣布实施。它授权全国各级地方官,对抓获的“土匪”即行“就地正法”;授权各地团练绅士缉拿“土匪”,可以“格杀勿论”^⑥。

清代的死刑案件,以命、盗为主。“就地正法”的“土匪”,无一不与命、盗相连。因此,允许地方官对“土匪”即行就地正法,也就等于宣布废弃原有的死刑复核审转制度。命盗案件的死刑裁决权,由高度集中走向高度分散,这就是“就地正法”实施后所带来的审判制度上的变化。适应政治斗争、阶级斗争的需要,为了延续封建国祚、封建统治者终于自己动手破坏了自己建立的法制。这种变化的结果,是全国性的滥杀。“府电朝下,囚人夕诛,好恶因于郡县,生杀成于墨吏,刑部不知,按察不问。遂令刑章枉桡,呼天无所”^⑦。几千年来,被封建统治者奉为圭臬的“治乱世用重典”,在封建末世,被封建地主阶级最后一次付诸实践。

就地正法有效地配合了清王朝的军事围剿,镇压了太平天国农民的反抗。封建地主阶级用反抗者的头颅验证了维护封建统治秩序的真理。但是,法制的破坏毕竟不利于封建统治的长远利益。因此,封建统治阶级中的一些人,为消除因农民起义而造成的封建统治集团内部的内轻外重,从削弱地方权力以加强中央皇权出发,屡次倡言取消就地正法,恢复旧有法制。然而,出于维护统治秩序的需要和地方督抚的反对,“自此章程行,沿及国变,而就地正法之制,迄未之能革”^⑧。历咸同光宣四期,被打乱的封建旧制始终得不到恢复。

(四) 新事迭出,旧律难以应变

清朝沿明旧制,律例并行,“有例不用律,律已多成虚文,而例遂愈滋繁碎”^⑨。清律之例文,康熙初年仅 321 条,至同治年间乃增至 1892 条。按照乾隆定制,例文五年一小修,十年一大修。然而,“每届修例,第将历奉谕旨及议准臣工条奏节次编入,从未统合全书,逐条厘正”。职是之故,例文之间,“前后抵触,或律外加重,或因例破律,或一事设一例,或一省一地方专一例,甚且因此例而生彼例,不惟与他部则例参差,即一例分载各门者,亦不无歧异”。其结果,严重影响法

制的实际运行。罪刑的轻重,每因适用例文的不同而有高下之异,为幕友胥吏操纵司法提供了便利条件(清代官员专意仕途,不习刑名。为官后将刑名交给长期从事甚至世代相传从事刑名的幕僚胥吏)。“清朝与胥吏共天下”,这一民谚,就是胥吏操纵繁碎例文,因缘为奸的高度概括。

清朝统治者于同治九年(1870年)最后一次下令修例。此后,因“时势多故,章程丛积,刑部既惮其繁猥,不敢议修,群臣亦未有言及者,因循久之。”旧律与社会实际生活脱节,无力推动封建国家机器的正常运转。

过去的一些学者,强调20世纪初年清王朝制定的新法律与现实社会生活脱节,忽略甚至不谈封建旧律亦已与现实社会生活脱节。事实上,19世纪60年代开始的旨在挽救封建王朝的洋务运动,使中国社会内部不可避免地产生出近代资本主义经济。由近代资本主义经济的产生而带来的社会生活的变化,是建立在自给自足的自然经济基础之上的旧律所无法应变的。例如,由于旧律体系中没有商业法律,就只能被动地比照陈旧的京城钱铺治罪章程处罚虚设公司的倒骗者,而不能主动地依法管理商业,更谈不上依法保护在竞争中被外国工商业压得喘不过气来的本国工商业。

旧律的这种不适,近代不少政治家思想家都曾深言其害并建言改革。例如,洋务派代表人物张之洞、刘坤一就针对商法的制定而指出:中外通商以来,“大宗生意,全系洋商,华商不过坐贾零贩”。造成这种状况的原因在于,“机器制造,均非一二人之财力所能。所有洋行,皆势力雄厚,集千百家公司者。欧美商律,最为详明。其国家又多方护持,是以商务日兴。中国素轻商贾,于是市井之徒,苟图私利,彼此相欺,巧者亏逃,拙者受累,以故视集股为畏途,遂不能与洋商争衡”。因此,“必中国定有商律,则华商有恃无恐,贩运之大公司可成,制造之大工厂可设,假冒之洋行可杜”。^{①9}

总之,进入近代以后,封建旧律在内外力量的打击之下逐渐脱离现实社会生活。陈旧的内容和日新月异的现实生活,逼迫它进行脱胎换骨的改造。