

中国法律近代化 论集

● 主编 张 生

◆ 中国政法大学出版社

中国法律近代化论集

主 编 张 生

中国政法大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

中国法律近代化论集/张生主编. - 北京: 中国政法大学出版社, 2002.4

ISBN 7-5620-2131-7

I. 中… II. 张… III. 法制史-中国-近代-文集 IV. D929.5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 025379 号

书 名 中国法律近代化论集

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 北京博诚印刷厂

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 15.125

字 数 360 千字

版 本 2002 年 7 月第 1 版 2002 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2131-7/D·2091

定 价 36.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆ ☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

制度与人文：法律近代化中的民族传统

（代序）

中国法律现代化的关键及难点，在于解决中国法律传统与西方法律精神的关系。中国社会是一个极端重视传统的社会。中华文明自成体系，在一个相对独立的地理、人文环境中完成了自身发展、演进的过程，自汉、唐至明、清，始终保持中华帝国的大国风范和强国地位。历史证明，在维持社会稳定、推动社会进步方面，在确立中华帝国的大国、强国地位方面，通过积累、更新而形成并自成风格的中华民族传统卓有成效。

19世纪中后期，在与西方列强的对抗中，古老的中华帝国在军事、外交、经济等方面，接连受到重创。痛定思痛，国人在反思与西方列强在物质力量抗衡中的失败时，也在相沿数千年的文化、理念和价值观等方面查找原因。民族传统就这样反复成为审查对象，甚至被视为中华民族在近代社会落后、失败的终极原因。

对于社会现象的划分，很多情况下不能用简单的善恶好坏进行区别。大量存在的恰恰是一些价值界限模糊、性质和作用处于中性状态的社会现象。同样，在民族传统中，既有可进行价值评判、以划分精华和糟粕的成分，也有无所谓优劣良莠之分、仅仅为国人耳熟能详、习惯成自然的内容。

在历史发展过程中，作为民族行为、民族心理、民族文化的

积淀，民族传统包括两类既密切相关、又具有不同性质的因素：制度因素和人文因素。民族传统中的制度性因素与不同历史阶段实施的各项制度密切相关。一项制度的确立与实施，对于固有习俗和观念会产生相关作用，也会在一定程度上促成新习俗、新观念的形成，并且逐渐积淀在民族传统之中。另一方面，随着一项制度的废止、取消，与该制度密切相关的习俗、观念也随之隐退、衰亡。中国历史上涉及皇权至上、男尊女卑、等级身份的习俗和意识，作为皇权体制和等级身份制的副产品，被社会各界普遍接受和认同，在两千多年的历史中与各项政治、法律、经济制度相契合，在稳定社会关系、调整社会秩序方面起着重要作用。随着皇权体制、等级身份制度的废止，上述各项习俗、观念也逐渐失去存在的合理性而淡出历史舞台。

民族传统中的人文因素虽然也与各项制度存在一定关联，但更多地与民族存在的历史背景和人文环境相联系，与民族存在的地理条件、经济形式、家庭结构相联系。在中国，封闭的地理环境促成了发达的农耕生产，亲族血缘关系在国家形成、社会演进过程中的作用促成了重伦理亲情的家庭本位观念，重现世、轻来生的儒家入世学说促成了互助、合作的人际和谐观念，并由此引申出“鄙讼”、“贱讼”等法律意识。重伦理亲情、讲人际关系的观念在中国古代社会，对于人们的言行举止产生重要影响，并作为传统习惯，成为评价人们行为优劣良恶的重要标准。从古代迈入近现代，直至进入 21 世纪，中国的社会、政治制度几经变革，一些与制度密切相关的传统习俗也淡出历史舞台。但重家庭关系、重人际和谐的传统，仍在很大程度上为中国社会所保留。

对于一个民族来说，其存在与发展的历史背景和人文环境是一客观存在，不容选择；对于其中某些内容，也难以做出明确的价值判断。同样，对于基于这种历史背景、人文环境而形成的民

族传统中的人文因素，我们也不能用某一种价值观对其进行简单的优劣评定。在这一方面，对于语言的定位似乎可供参考。关于汉语与英语两种语言在表达方式、掌握的难易程度等方面的优劣得失，语言学家有众多讨论。但是，即使语言学家能够证明英语比汉语具有更丰富的表达力，比汉语更容易学习和掌握，中国人也无须丢弃汉语而转以英语为母语。掌握和运用一种什么样的语言，不能通过简单的优劣比较来进行选择：汉语已融化在中华民族的文化传统和国民性情之中。母语的更换，会使这个社会，这个国家，这个民族付出沉重的代价。同样，人文传统深深地扎根于民族文化和国民性情之中，基于某种简单的价值评判而对人文传统实施强制性更替，会使一个民族产生迷失，甚至导致灾难。

制度与人文之间存在着千丝万缕的联系。一项制度的确立，既基于创制者对于现实利益的考虑，更受到接受该项制度的社会所赖以存在的人文条件的影响和制约。因此，具有制度背景的民族传统也具有同样的人文背景。尊崇长者作为中国古代的一项传统，得到社会的普遍认同。在家庭关系中，尊长享有相对于卑幼更优越的法律地位；州县官治理地方，将当地绅老作为维持秩序、征收钱粮的主要依靠对象：“果其爵尊望重、德劭年高、品行端方、学问宏博者，有司临莅县邦，则交际自不可少。地方利弊，可以采访；政事得失，可以咨询。”^{〔1〕}尊老传统得到制度支持，而在制度之后，我们能够找到支持这一传统、支持这一制度的人文因素。“中华民族是以黄河流域为摇篮发展起来的。这里气候温和，雨量充沛，土质松软，地处平原，具备发展原始农业的良好条件”。^{〔2〕}在以耕作农业为主要生产形式的农业社会中，

〔1〕 清·田文镜：《钦颁州县事宜》。

〔2〕 张晋藩：“中华法系特点探源”，载《法学研究》1980年第4期。

经验的积累具有重要意义。节令的掌握，茬口的安排，气候的预测，年景的估计，农业生产的各个环节无一不与经验紧密联系。因此，具有丰富的生产、生活经验的长者，普遍受到社会的尊重。

民族传统中的制度性因素与具体制度密切相关，并表现出鲜明的时代特征。从制度的合法性之中，传统的制度性因素获得存在的合理性；随着制度合法性的丧失，相关传统也逐渐失去其合理性。民族传统中的人文因素则与民族的存在更为密切，甚至已融化在民族性之中。它能在文明发展的较长历史中，跨越社会发展的历史阶段，始终保持其合理性和存在的价值。

中国法律近代化步履维艰，历经坎坷。作为中国法律近代化的起点，清末法制改革的目的在于推动法律进步，政治家们更希望通过法律改革，废除领事裁判权，挽救民族危机。北洋政府时期，在法律制度的创建、发展过程中，政治家们仍然希望通过法律改革，谋求恢复完整的司法主权，并进而从法律上获得政权的国际承认。目的的多样性，在很大程度上扭曲了中国近代法律改革的路径和步骤，在一定程度上违背了法律改革应遵循的内在规律。这种“扭曲”和“违背”的重要表现之一是对传统的错误判断和错误对待。

朱 勇

2002. 6. 北京

目 录

制度与人文：法律近代化中的民族传统	
(代序) / 朱勇	(1)
中国法制走向现代化的思考 / 张晋藩	(1)
试论中国近代法史时代划分 /	
高见泽磨著 张生、张代恩译	(18)
传统——法系融合之基础 / 高旭晨	(36)
鸦片战争与近代中西法律文化冲突之由来 / 苏亦工	(50)
宪政化中的儒家传统 / 王人博	(121)
中国固有民法资源对近代民事立法的影响 / 李超	(145)
“以蠡测海”：林毓眼中的美国法制	
——《西海纪游草》读后 / 李力	(165)
近代西方法学的输入与维新派的法理论体系 / 马小红	(180)
庞德与中国近代的法律改革 / 王健	(194)
从清末修律看法律移植 / 张德美	(227)
清末法律移植评价及政治因素的作用 / 崔林林	(251)
从清末修律看我国加入 WTO 法律之改革 / 宋北平	(263)
浅议清末的“弹劾军机大臣案” / 李倩	(273)
沈家本与清末民商事法律的修订 / 赵晓耕	(284)
理性的目标与不理智的过程	
——论《大清刑律》的社会适应性 / 朱勇	(294)

2 目 录

变革中的冲突与调整

——析清末部院之争/张从容	(320)
清末修律中的证据立法研究/蒋铁初	(344)
清末法学教育的特点/周少元	(357)
北洋政府时期民法近代化三题/张生	(373)
北洋大理院刑事解释例初探/音正权	(390)
民国兼理司法制度初探/韩秀桃	(417)
从南京政府初期民事立法的指导思想看法律本位 的演进/杨东霞	(440)
比较章太炎和孙中山的思想论近代宪政本土化 精义/党江舟	(454)

中国法制走向现代化的思考

张晋藩*

一、西方法文化的输入与法观念的更新

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，以致在很长时间里，中国不了解世界，世界也不了解中国。当 17 世纪 - 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。

起源很早，而且有着辉煌历史的中国古代法律，在其漫长的发展过程中，也和社会一样陈陈相因，发展缓慢，充满了保守性和孤立性，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。1840 年鸦片战争以后，海禁大开，西方的传教士在中国翻译出版了大量政治法律著作，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文化汹涌地袭入中国，传统的中国法文化遭到猛烈的冲击，处于不得不变的大趋势当中。在先进的知识界和开明的官僚中，也经历了一个

* 中国政法大学终身教授。

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现代化，具有重要的思想先导作用。

（一）由固守成法到“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。但到鸦片战争前夜，时势的发展已使开明官僚林则徐等“睁眼看世界”，注意“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，振聋发聩，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”、“用夷变夷”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，已经显露出师夷之器物文化，转向师夷之制度文化的迹象，至19世纪的戊戌变法，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“万古不变”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。修订法律大臣沈家本是中国近代中西法文化比较研究的奠基人。

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）由礼法结合转向礼法分野

礼法结合是中华法系的主要特点之一，在中国古代有着深厚

〔1〕《光绪朝东华录》总第4655页。

的生存土壤，礼法结合的最高表现是三纲的法律化。三纲不仅是传统法律的基石，也是神圣的“天理”。但从 19 世纪 70 年代开始，早期改良派中胡礼垣、何启、陈炽等人已将笔锋触及三纲。尤其是谭嗣同，他在“仁——通”思想的指导下，高举反纲常的大旗，发出了“冲决君主之网罗”、“冲决伦常之网罗”的呐喊。他指出“三纲”作为维护专制统治的儒家教条，不仅禁锢人们的思想，而且便于执法者任意出入人罪，“独夫民贼，固甚乐三纲之名，一切刑律制度皆依此为率，取便己故也。”^{〔1〕}谭嗣同反纲常的法观念，出于汲取了卢梭“主权在民”的思想，提出了君权由民权派生的理论，而与明末黄宗羲不同，反映了西学东渐的时代特点。

通过批判三纲，促进了礼法分野。《大清新刑律》就是礼法分野的产物。在随后发生的法治派与礼治派的论辩中，沈家本进一步表达了礼法分野的新思想。譬如，他针对礼治派的劳乃宣关于“子孙违反教令”和“无夫奸”不加罪的攻击，反驳说：前者纯属家庭教育范畴，后者“有关风化，当于教育上另筹办法，不必编入刑律”。由礼法结合转向礼法分野，才有可能建立新的法律体系，实现与西方法制的接轨。

（三）由以人治国转向以法治国

在中国封建社会是以人治作为国家运营的关键，所谓人治实质上是君治和君主操纵下的官治，这是由专制制度所决定的。先秦法家虽然主张“垂法而治”、“缘法而治”，但法家学说恰恰是封建专制制度的理论基石，它所维护的是君主集权，法家只是强调了法的治世之用的工具价值而已，并没有从根本上否定人治。但到 19 世纪末 20 世纪初，中国先进的思想家开始接受西方的法

〔1〕《仁学》，《谭嗣同全集》卷 1。

治观念，并为它的实施奔走呼号。

维新派理论家严复，反对“有治人无治法”的传统观点，认为人治之下，“昌世少而乱世多”，欲图中国之富强与久安，需要以法为治，建立上下咸遵的“一国人民必从”的完备法律制度，“虽天子不可以不循也”。〔1〕另一位维新派思想家梁启超，则批评荀子关于“有治人，无治法”、“法不能独立……得其人则存，失其人则亡”的观点，指出“荀卿有治人无治法一言，误尽天下，遂使我中华数千年，国为无法之国，民为无法之民。”〔2〕他认为法治“为今世所莫能易”，凡“恃人不恃法”，难免“人亡则其政息”。〔3〕

资产阶级革命民主派的理论家章太炎，主张“专重法律，足以为治”，反对“过任治人，不任治法”。他说：“为治国当循绳墨，无所用贤，且有劳者得超出，溺职者受罢黜，材者固无患其沉滞，虽下贤亦自见冷汰矣。”〔4〕尤其是资产阶级民主革命的先行者孙中山，不仅是资产阶级法治的言者，也是行者。他主持下的南京临时政府为时虽短，却进行了一系列的立法活动和司法改革，力图实现以法治国。辛亥革命以后，民主共和的观念之所以深入人心，是和法治建设的影响分不开的。

人治和法治是两种不同制度的产物，鸦片战争后社会制度的变化和西方法文化的输入，使近代法治观念逐步确立，成为批判传统的人治观念的有力武器。

（四）由君权神圣转向君宪、共和

自秦始皇建立皇帝制度起，经过儒家“君权神授”、“君父相

〔1〕 严复译：《法意》第2卷，第5章案语。

〔2〕 《论立法权》，《饮冰室文集》卷20。

〔3〕 《论立法权》，《饮冰室文集》卷20。

〔4〕 《代议然否论》，《章氏丛书·别录》卷1。

通”的说教，加上其他因素的作用，使君权不断强化，直到鸦片战争发生前，皇帝依然保持着神圣不可侵犯的崇高地位。但至19世纪70年代，早期改良派已把改良锋芒触及专制制度，他们推崇西方设议院、行君主共和的政体，认为是国家富强之本，也是中国未来必由之路。

甲午战争以后，民族危机进一步加深，救亡图存成为时代的最强音。以康有为、梁启超、谭嗣同、严复等人为代表的维新派，不仅广泛宣传西方的民主制度与法治原则，而且还进行了百日维新的实践活动。然而随着戊戌变法的失败，君宪纲领也失去号召力，而由民主共和国的方案所代替。以孙中山、章太炎、邹容等人为代表，批判君主立宪与保皇，号召推翻清朝，建立中华共和国。

由君权神圣到君主立宪，再到民主共和，是中国近代政治与法律观念演变的重要里程碑，它在不同时期、不同程度地赢得了民众的同情与支持，清朝被推翻，充分显示了精神力量与物质力量相结合所产生的巨大能量。

（五）由义务本位转向权利追求

中国古代法律虽然详列庶民对于国家应尽的纳税、守法、尽忠、服徭役、兵役等义务，却没有关于庶民的权利的任何规定。在专制制度下权利是带有深刻的阶级烙印的，所谓“良贱之殊，礼亦异数”。律比畜产的奴婢，其人格权和生存权完全被漠视，更遑论其他权利。

近代中国的变化，加上西方天赋人权观念的影响，中国人逐渐萌发了权利意识，要求法律上的平等权和自由权。如果说龚自珍、魏源等人的著作中已经闪耀着最早的人权思想的火花，那么甲午战争前后，在郑观应、何启、胡礼垣、康有为、严复、梁启超、谭嗣同、黄遵宪、樊雅、皮嘉祐等人的笔下，几乎都涉

及到天赋人权问题。尤其是严复通过译书介绍了自然法学派的天赋人权论、民约论、分权论，并在译文中写入大量的很有价值的案语，用以批判现行法律，推动政治改良运动。他认为西法优于中法的秘密就在于，西法保护与人生而俱来的自由权，如有侵犯即构成“逆天理、贼人道”的严重犯罪。只有当人们的自由权得到法律保障，才可以充分发展“民智”、“民德”、“民力”。因此要拯救中国，就应按天赋人权之理，变被动的只尽义务为主动的权利追求，使“为上而立”的法律变成“为民而立”的法律。他坚信如能循此行之数十年，“民不大和，治不大进，国不富强”，甘受“莠言乱政”之罪。

以孙中山为首的民主革命派提出的共和国方案之所以如日丽中天，成为组织与动员群众的强大精神力量，就在于它符合了广大民众的权利追求。

（六）由司法与行政不分转向司法独立

在专制制度下，司法与行政是不分的，西学东渐以后，洛克、孟德斯鸠的分权论受到先进知识界的普遍欢迎。早期改良派马建忠在《上李伯相言出洋工课书》中，介绍了西方三权分立制度，认为“粲然可观”。其后，严复以英国宪政“久行不敝”，“上下相安”为例，来说明实行洛克、孟德斯鸠的分权论较之中国帝王、守宰“一人身而兼刑、宪、政三权”的优越性。在康有为设计的变法蓝图中，也以三权分立作为支撑点，他说：“近泰西政治，皆言三权，有议政之官，有行政之官，有司法之官。三权立，然后政体备。”〔1〕“行三权并立之制，则中国之治强可计日待也。”〔2〕

〔1〕《政治学理摭言》，《康南海文集》卷19。

〔2〕《请定立宪开国会折》，《戊戌变法》第2册。

章太炎从反对封建专制制度的立场出发，也推崇司法独立，以政府不得任意黜陟司法官吏和从豪门中选任司法官吏，作为独立行使司法权的保证。章太炎晚年对资产阶级议会制度多所批评，但对三权分立却是始终坚持。孙中山不仅接受三权分立的思想，而且在《中华民国临时约法》中明确规定：“法院是行使司法权的机关……依法审判民事、刑事案件。法官独立审判，不受上级官员之干涉。”以后又发展为五权分立。

以上可见，近代中国无论是改良派还是民主革命派，对于司法独立是具有共识的。由传统的司法与行政不分转向司法独立，是法观念上的一次飞跃，它指导了晚清和民国时期的司法建设。

（七）由以刑为主转向诸法并重

在中国古代法与刑是同义的，都是“禁暴惩奸”的手段。对于民事纠纷则视为“细事”，缺乏应有的法律调整，民事违法行为也往往采取刑罚制裁手段。正是以法为“惩恶之具”的狭隘理解，导致了畏法与厌法的社会风气。沈家本曾经指出：“举凡法家言，非名隶秋曹者，无人问津。名公巨卿，方且以为无足轻重之书，屏弃为录，甚至有目为不祥之物，远而避之者，大可怪也。”“中国法律之学不绝如缕，非官此官者，莫肯一寓目焉，遑云穷究其源流而讨论其得失哉？”〔1〕

鸦片战争以后，原有的重刑轻民的历史条件发生了根本变化，人们开始接受西方近代的法律体系，打破了法即是刑的传统认识，向着“诸法并重”转变。康有为曾经指出西方国家“其民法、民律、商法、市则、舶则、讼律、军律、国际公法，西人皆极详明，既不能闭关绝市，则通商交际，势不能不概予通行。然既无律法，吏民无所率从，必致更滋百弊。且各种新法，皆我所

〔1〕《法学通论讲义序》，《寄簪文存》卷6。

夙无，而事势所宜。可补我所未备。故宜有专司，采定各律以定率从。”^{〔1〕}康有为关于建立新法律体系的主张，反映了迅速发展的经济关系与社会关系对于法律调整的迫切要求，它影响着沈家本主持的晚清修律，并经沈家本之手建立了以大陆法系为模式的中国近代法律体系。

综上所述，在 19 世纪末 20 世纪初的新旧递嬗之际，在救亡图存已成为中国人民迫在眉睫的生死攸关问题，为了中华民族的生存，为了把 20 世纪的中国建成独立、富强、民主与法治的国家，先进的中国人曾经进行了勇敢的探索、论辩和斗争。在这个过程中，他们的法观念发生了明显的变化，这种变化是中国社会剧变的反映，是符合历史潮流的新思想的产物，是以挽救中华民族的危亡作为动因的。法观念的更新是促进晚清政治与法制改革的积极因素，也是在迎接新世纪的挑战面前，中国人为自己所确定的目标所作的公开回答。没有 19 世纪中叶以后中国人在法观念上的转变，也就没有 20 世纪初的新法律体系的建立和司法改革。尽管它只是中国法制近代化的开端，但没有这个开端，也就没有 20 世纪中国法制的地位。

然而在 19 世纪中叶以后，具有新的法观念的中国人，毕竟是凤毛麟角，广大的社会成员依旧受着封建法观念的束缚和沿袭已久的习惯的调整。这样的社会基础障碍着新的法观念的迅速扩展，一时还不能成为广大中国人自觉的理念，这就决定了中国法制现代化的进程是缓慢的。

二、晚清修律与司法改革——中国法制现代化的开端

晚清修律是为挽救清朝统治危机而被迫实行的变法新政的组成部分，也是爱国的开明官僚为收回治外法权而作的努力尝试。

〔1〕《上清帝第六书》，《戊戌变法》第 2 册。