

中西近代 法文化冲突

张培田 著



中国广播电视出版社

中西近代法文化冲突

张培田 著

中国广播电视出版社

(京)新登字097号

中西近代法文化冲突

张培田 著

*

中国广播电视出版社出版发行

(北京复外广播电影电视部灰楼 邮政编码 100866)

北京大兴包头营印刷厂印刷

各地新华书店经销

*

787×1092毫米 32开 8.5印张 180(千)字

1994年2月第1版 1994年2月第1次印刷

印数: 1—1500册 定价: 8.00元

ISBN 7-5043-2836-4/D·293

内 容 提 要

本书系从中西近代法文化冲突的角度，分析透视鸦片战争以来到辛亥革命前的中国法制演变。其基本立足点，是建立于近代工业文明基础之上的西方文明，在通过殖民扩张而展开的与中国小农经济基础上形成的传统文化的碰撞冲突中，所表现的一般差异及优劣态势。

为了便于把握，导论部分对法文化的界定、法文化冲突的理解以及中西近代法文化冲突的研究价值作了粗略说明。

关于中西近代法文化冲突的根据，本书第一章剖析中西法文化在近代的没落和崛起轨迹，并对两种不同的文化从立体结构的角度进行了比较，指出了两者观念价值、法制结构及法制功能的差异。

第二章与第三章中，主要撰述鸦片战后，即中西冲突全面展开之后的法制演变史实，具体分析了不平等条约制度的确立对中国经济自主法权和政治自主法权的危害。

第四章主要从社会思想观念演变方面，对照分析传统法文化闭关自守、妄自尊大、虚骄自尊的心态，并以顽固守旧与维新变法、君主立宪与民主立宪的论争为线索，具体透视了中西法文化观念的冲突及民族法文化觉悟的演进与提高。

第五章到第八章具体就清末朝廷修律的史实，分别从刑法体系的改革、民商立法的分纂以及诉讼审判机制的重构，进行分析研究。并揭示了清末朝廷修律的被迫性及其实质，评介了修律中中西法文化冲突及其修律主体冲突的调节和解

决方式。

第九章通过清末预备立宪的展开，对立宪的提起背景、清廷预备立宪活动、地方立宪措施进行透视，指出清廷立宪的敷衍性、欺骗性和拖延性，并具体阐释了朝野立宪的对立和立宪中对继受、引进西方宪制的变通及其后果。

第十章从中日近代法制改革之经验和教训的比较，阐述了著者的基本观点和思路。

目 录

导 论	(1)
一、文化概念的质疑及我见	(1)
二、法文化及其冲突与法制演变	(3)
三、近代法制演变的文化内涵	(5)
四、中西近代法文化冲突与晚清法制演变的基本轨迹	(6)
五、研究中西近代法文化冲突与晚清法制演变的价值	(8)
第一章 中西近代法文化演进态势	(10)
第一节 中国传统法文化的总体没落	(10)
第二节 西方近代法文化的崛起	(13)
第三节 中西近代法文化机制结构比较	(17)
第二章 晚清经济自主法权的丧失	(27)
第一节 鸦片贸易法权的承认	(28)
第二节 赔款与借贷法权的形成	(32)
第三节 关税法权的旁落	(37)
第三章 列强对晚清政治自主法权的攫取	(48)
第一节 通商口岸和租界法权的确定	(48)
第二节 司法审判法权的限制	(56)
第三节 利益均沾法权的滥用	(69)
第四节 领土法权的侵蚀	(72)

第四章	晚清社会法文化观念的冲突演变·····	(87)
第一节	顽固守旧观与变法维新之争·····	(87)
第二节	民主立宪思想的形成及其与君主 立宪的论战·····	(107)
第五章	清末修律的提起及演变·····	(125)
第一节	清末修律的缘起及意图·····	(125)
第二节	修律指导思想及基本方针原则·····	(128)
第三节	修律活动的展开及演变·····	(130)
第六章	民商法制初建及民商立法冲突·····	(136)
第一节	清末商律民律的编纂·····	(136)
第二节	清末商事民事立法修律中的中西 冲突焦点·····	(144)
第七章	新刑法体系建构及刑事立法冲突·····	(160)
第一节	清末修律中刑法体系的调整·····	(160)
第二节	清末修律中刑事立法的中西冲突·····	(173)
第八章	诉讼审判机制演进及其曲折·····	(182)
第一节	《大清刑事民事诉讼法(草案)》的 被搁置·····	(183)
第二节	《各级审判厅试办章程》的出台·····	(186)
第三节	法院编制法的颁行·····	(190)
第四节	刑事诉讼律和民事诉讼律两草案的 编成·····	(193)
第五节	清末审判独立的变通·····	(201)
第九章	清末预备立宪的嬗变·····	(205)
第一节	清末立宪的提起·····	(205)
第二节	预备立宪措施的展开·····	(217)

第十章 结论：从中日近代法制改革比较看 中国法文化近代化的经验教训·····	(246)
附录：主要参考书目·····	(254)
后 记·····	(263)

导 论

近代中西法文化冲突及晚清法制的演变，经历了错综复杂和曲折的过程。而从法文化冲突的角度去观察法制的转变，有利于把宏观与微观有机地结合起来。为便于理清思路并防止可能发生的歧义或误解，笔者特作如下引论。

一、文化概念的质疑及我见

关于文化的概念，至今人们各持己见，莫衷一是。泰勒于1871年率先认为：“文化乃是当代人为社会一分子时所获得的包括知识、信仰、艺术、道德、法律、风格及其他才能习惯等复杂的整体”。^①而其后不久，杜威于《自由与文化》一书中提出“人类日常生活上的联系和共同生活的条件，这一种错综和复杂的关系，我总称之为文化”。^②泰勒和杜威关于文化概念的认识分歧，一是以为文化是“复杂的整体”，另一是判定文化是“错综和复杂的关系”。那么他们两人的定义谁对谁错，我想当代致力于文化研究的人们不可能没有不同的看法。又就当今文化学界的统计，关于文化

①《初民文化》。

②参见张志孚《文化的选择》，辽宁教育出版社，1988年。

概念的看法有164种，其中主要的也有46种^①。尽管这些不同的定义有相通之处，但区别却明显存在。

因此，我们过去那种硬性把反映客观认识过程复杂曲折的主观理解的分歧，用所谓先入为主的定理统一的概念界定，然后方准许研究下去的观念，实际上违背客观规律。事实上，“如果独采某家之说，未免有瞎子摸象之嫌，而且把一孔之见，视为绝对真理和思想权威，往往会导致思想僵化。因此允许种种学说和界定的存在，有益于文化讨论和文化认识的深化”。^②

从文化的角度分析研究法制的演进，可以克服过去我们褊执的阶级分析方法的缺陷，并能够引导我们从动静结合、纵横交错方面作整体的比较。正是在这个意义上，成中英先生才公开提出：“检视满清历史，其闭关自守、井底之蛙之见的闭塞心态自始就是一个文化大问题。此外，其专制政权罔顾民间疾苦及社会生存，也都是文化问题。从满清的政治实况进而检讨其政治制度，再从政治制度转而综观满清的历史，然后从满清的历史上览中国两千年的专制王朝历史，中国专制政权背后的思想习惯与价值观念即可逐渐明朗，也可察觉民族生存的危机即是文化的危机，也即是已延续数千年命脉的中国历史传统的一个历史危机。”^③基于文化观察的方法，在近代中西文化冲突中对比分析两种法文化的差异及优劣，对法制史的深入研究不无裨益。这就是我沿着近代中西法文化冲突史实进行探索的动机。

①（美）克鲁伯和克罗孔：《文化·关于概念和定义的检讨》。

②张志孚《文化的选择》，辽宁教育出版社，1988年。

③《论现代与传统的理性的结合：三民主义的中西哲学基础》。

二、法文化及其冲突与法制演变

人类文化是人类社会思维和行为的成果与结晶。按照学术界一般理解，人类文化由观念文化、技艺文化和制度文化组成。法文化作为人类文化的重要组成部分，围绕着特定的社会“共同的”行为规范展开，以国家认可或制定并强制实施的形式调节着人与人之间以及人与自然界之间的关系，形成特定的以制度作机制系统核心的思维方式及一系列设施，支撑和维持着一定模式的社会运转。它属于制度变化的范畴。

从法文化系统本身来看，法文化的组成仍然离不开观念、设施及把这观念和设施有机组合的技艺。特定的占统治地位的法律意识，总是对具体的法律制度和法制措施起着设计和指导的作用。而特定的法律制度与法制措施既是占支配地位的法律观念的物化，反过来又制约或限制着相应的法律观念的发展。至于法文化建构的技艺，多从传统的文化基因及其习惯表现出来，或以宗教伦理或以宗法伦理作为法文化内部各分子间的链条，维系着特定系统的特定的运行方式。

同人类社会生存发展一样，法文化的存续也必然是在一定的物质条件和社会环境中进行，并随着其赖以存续的物质条件和社会环境的演变而不断发展。既不存在脱离物质载体运行的法文化，但当法文化产生之后，也没有抛弃法文化而自由运行的人类社会。法文化存续的目的和作用是按特定的物质条件对社会进行有效的管理，随着人类社会提高管理水平不断选择，法文化也相应演进。

法文化的产生标志着人类社会从野蛮走向文明，并随着人类思维和行为的进步而不断提高，既体现为物质产品，也包含精神产品。因此，从法文化的基本属性观察，世界上各民族法文化的建构，无疑存在许多相通之处。但是，由于生产方式和生存环境的不同，人类历史上不同民族的法文化又存在着巨大差异，即每个民族的法文化都有独特的建构方式以及在这种建构选择的背后起支配作用的思维方式。这种差异构成人类文明社会交流中法文化冲突、碰撞和融合的前提。当法文化冲突、碰撞之际，往往促成人们对外界和自我的认识突破，从而引发彼此间对共同行为规范选择的优劣鉴别并导致新的选择，促进法文化的交流和人类社会进步。

作为制度文化，尽管不同类型的法文化呈现出互相区别甚至对立的内容和形式，但都不能否认法文化从国家或全社会的角度围绕规范制约人们的行为产生并作用的最一般事实。而且，即使法文化结构表现出观念思维层面和具体的规范及制度层面，也都离不开维护原有制度或设计新制度新规范的范畴。一定的法观念思维，总是提倡或追求一定价值体系的法制和谐；而一定法制的构成及演变，也始终受到一定法观念思维的制约，反映一定的价值取向和价值观。人类社会发展到今天，既没有根本脱离制度和规范的法观念思维，也不存在超越法观念思维而盲目建构的制度和规范。法观念思维和法制构成法文化不可分割的组成部分，它们相辅相成，既对立又统一。

在法文化冲突中，不同的法观念和法制都会因各自价值体系的对立而发生碰撞。一般说来，法文化冲突总是要反映到法观念的差异或优劣对峙。通过这种对峙及其冲突碰撞，

人们又总是自觉或不自觉地进行比较鉴别，然后进行法制的改善或更新的设计和选择。其结果必然导致法制的演变。而从法制演变本身观察，法文化冲突不仅是法观念思维的对抗，更是不同规范和制度的较量。这种不同规范和制度的差异及其较量，是引发法观念思维对抗的直接根据和前提，也是促使法制演变的根本原因。

中西近代法文化冲突在西方列强殖民侵略扩张的背景下展开，呈现出一方相对落后然而极端保守而另一方相对先进并竭力渗透的持久碰撞态势。冲突的结果，封闭排外保守且具有较强内聚力的中国封建法文化解体，晚清法制呈现出半殖民地化的历史烙印，而西方先进的法文化开始为中国社会所继受。

三、近代法制演变的文化内涵

近代法制演变根植于中西文化冲突的环境中，是两种文化冲突的结果。从最一般的意义看，不同国家、不同民族、不同区域的不同的“观念和价值，为文化间的差异提供了基础”。^①近代中西对峙及冲突的展开，归根到底正是两者间观念和价值有别。

以工业文明作基础的西方法文化，不仅提倡并贯彻私有制、契约自由、平等竞争的规范与原则，而且更注重整体的三权分立的权力制衡。而以农业文明作基础的中国传统法文化，则既推行亲亲尊尊的宗法等级制与社会财富形成比例的封建专制统治模式，也维持小农经济生产和生活中极原始的

^①《文化与历史——比较文明研究导引》。

表现为在等级制控制下的和谐。两种文化的差异如此格格不入且无调和的余地，则必然出现积极进取猛烈扩张的一方，不断地打破闭关自守的一方的固有态势。

因此，“一个整体文化的变迁，尽管它可能需要几代人甚或几个世纪的时间，但它总会涉及一个所有制度的基本变迁；涉及全部风格或资质的重新定向；涉及政治联盟，乃至常常还要涉及语言结构的改变。”^①

近代中西文化冲突，必然导致中国近代法制的演变。这种演变，虽然在近代非常艰难，但总是表现为由落后文化向先进文化的转型。不管晚清固守传统反对改革的腐朽势力多么强大并顽固地抵抗，都不可逆转近代法制开始逐渐抛弃传统而走向继受外来先进文化的历史发展进步趋势。

而从文化转型的角度看，法文化的变革和转型在整个文化转型过程中，又不可避免地处于核心地位；近代法制转型和演变，从根本上松开了对整个文化转型的羁绊。由此可以这样理解：法制演变是文化转型不可或缺的重要标志，没有法制的演变和转型，就谈不上整个文化的转型和变迁。

四、中西近代法文化冲突与晚清 法制演变的基本轨迹

在近代中西文化冲突中，法观念思维和法制都充当了法文化碰撞的载体。中西近代法文化冲突不仅是不同法观念思维之间的对抗，更是法制间的较量。这种对抗和较量及其引发的法制演变，伴随着西方资本主义列强的殖民扩张展开，也

^①《文化与历史——比较文明研究导引》。

随着中国社会各阶层人士心态的变化而消长，在从鸦片战争到辛亥革命的70余年间，历经了四个发展阶段。

第一发展阶段即1840年第一次鸦片战争爆发到1860年第二次鸦片战争结束。这期间，西方列强凭借着船坚炮利，以武力打开中国的大门，通过索取经济和政治法权的形式，破坏清朝封建法制体系和法制秩序，给中国封建法制留下了半殖民地的历史烙印。

第二发展阶段从1861年到1894年，是为中西法文化对抗相持阶段。其具体特征不仅表现在清政府顽固守旧，拒绝政治改革和法制改革，也表现在社会上知识阶层追求洋务自强或以商救国。然而即使社会中有识之士已意识到西方列强的强盛并非只在于船坚炮利，甚至也有过采用西方法例的呼吁，但虚骄自尊的心态仍占上风，自以为固守中国传统法文化仍可救亡振兴。

第三发展阶段自中日甲午战争经戊戌变法到1901年，是法文化冲突在法观念思维方面激烈展开的时期，也是民族法观念思维觉醒阶段。这一阶段以康有为、梁启超为代表的集新旧知识于一身的保皇的知识阶层，为救亡图存既学习西方先进法文化力倡法制改革，又冀望托古改制保留传统文化以实现改良。而以孙中山为代表的民主革命党人则坚持从根本上否定传统法文化，主张引进西方三权分立的民主法文化振兴中华。因此，这一阶段的中西法文化冲突通过中国社会不同阶层派别呈现，既有顽固保守与变法维新之争，又有保皇改良同民主立宪的碰撞。

第四发展阶段：甲午战后，列强瓜分中国之势愈演愈烈。而义和团运动的爆发及八国联军的入侵，反映清末封建

专制统治已濒临穷途末路。严酷的事实使清专制王朝认识到极端保守必然招致灭亡，因而从1902年到1911年底，清王朝打出新政修律的旗号，在保守纲常礼教的前提下，引进西方法文化进行法制改革，是为中西近代法文化冲突和晚清法制演变的第四阶段。由于清王朝不仅在立宪问题上死抱住专制统治的朽柱不放，而且在民商立法、刑事立法和诉讼审判机制立法方面强揉进传统封建礼制的内容，所以清末修律立宪仍局限于法文化机制的形式。其结果，清末修律立宪并未收到巩固维持封建专制统治的实效。辛亥革命爆发后，封建专制法制在形式上被否定，孙中山为代表的民主立宪思想开始为社会所接受。

以上四个阶段的发展演变轨迹，大致反映出中西近代法文化冲突与晚清法制演变的曲折，并揭示了晚清法制伴随中西近代法文化冲突演变的客观趋势。在这种曲折的演变趋势中，中国法文化走完了近代化的最初或第一个过程。

五、研究中西近代法文化冲突与 晚清法制演变的价值

中华四千年文明发展史上，近代中国社会因传统文化衰落和西方先进文化的传来而发生了根本转变。因此，作为近代社会演变主要内容的法制，也备受学术界关注。海内外不少专家学者都从不同角度就晚清法制的演变进行论述。但是，比较系统全面地从中西法文化冲突的角度论述晚清法制演变，目前尚无人涉及。基于学术研究不仅是开垦生荒之地，而且也包括采用新方法新观点在已开垦的土地上培育新

品种的性质和要求，拙作试在发掘新史料的基础上，从历史唯物主义观点出发，结合文化进化和文化人类学的方法，力争微观与宏观对应，探索中西近代法文化冲突与晚清法制演变的史实及规律。

中西近代法文化冲突和晚清法制演变去今不远，其冲突的事件及演变趋势所揭示的经验教训，对中国法文化现代化建设有着重大的借鉴和启迪意义。通过中西近代法文化对比冲突与法制演变分析，把握冲突演变的性质和特点，探索中国法文化发展的规律，目的在于寻找改进、变革和发展中国法文化的道路，更大地更有效地发挥法文化现代化对社会总体文化进步的促进和保障作用，尽量避免或减少振兴中华抉择中的失误。

前事不忘，后事之师。在东方文化与西方文化、中国文化与世界文化强烈对比和交汇的现实环境中，只有认真总结历史经验和教训，既学习外来先进法文化，又深入剖析估价固有法文化的糟粕与精华，才能跃升到新的理想境界，促进中国法文化和法制的现代化。这正是研究中西近代法文化差异、冲突和中国近代法制变革的价值所在。