

法制的传统与现代化学术文库

# 近代东亚的社会转型 与法制变迁

JINDAI DONGYA DE SHEHUI ZHUAN XING  
YU FAZHI BIANQIAN

赵立新 毕连芳 著

 中国社会科学出版社

FAZHIDECHUANTONGYUXIANDAIHUAXUSHUWENKU

法制的传统与现代化学术文库

# 近代东亚的社会转型 与法制变迁

JINDAI DONGYA DE SHEHUI ZHUAN XING  
YU FAZHI BIANQIAN

赵立新 毕连芳 著

 中国社会科学出版社

JINDAI DONGYA SHEHUI ZHUAN XING  
YU FAZHI BIANQIAN

## 图书在版编目 (CIP) 数据

近代东亚的社会转型与法制变迁/赵立新, 毕连芳著.  
北京: 中国社会科学出版社, 2006.4  
(河北师范大学法政管理学院学术文库)  
ISBN 7-5004-5595-X

I. 近… II. ①赵…②毕… III. ①社会发展史—  
研究—东亚—近代②法制史—研究—东亚—近代  
IV. ①K310.7②D931.09

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 032690 号

出版策划 任 明  
责任编辑 大 乔  
责任校对 石春梅  
封面设计 新奇设计  
技术编辑 王炳图

---

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010-84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 三河鑫鑫装订厂

版 次 2006 年 4 月第 1 版

印 次 2006 年 4 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 9.5

插 页 2

字 数 220 千字

定 价 24.00 元

---

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换  
版权所有 侵权必究

## 法制的传统与现代化学术文库编委会

主 任：李建强

副主任：张继良 任广浩

委 员：李建强 张继良 任广浩 王宝治  
刘云升 褚江丽 张志永 姜 密  
赵立新 毕连芳

# 法制的传统与现代化学术文库

## 总 序

肇始于 20 世纪 70 年代末的中国社会变革，正在波澜壮阔地向纵深发展。这场伟大变革已经并且继续改变着中国社会的面貌，导引着中国社会的发展方向。就其本质而言，这场变革的目的是要完成从传统社会向现代社会的历史转型。正是在这一转型过程中，当代中国法制呈现出创新乃至现代化的趋势，其目标是“依法治国，建设社会主义法治国家”。

现代化是相对于传统社会而言的，它是一个动态的过程，即从传统社会向现代社会的演进和飞跃，它脱胎于传统社会，又是对传统社会的扬弃。从传统到现代，意味着法律文明价值体系的巨大创新。

一位俄国法学家曾经指出：“通往法治国家的道路漫长而艰难，充满了危险、失误和幻想。许多国家数百年来在奔向民主，有时还为此付出了昂贵的社会代价。法治国家的建设应当以仔细思考的战略和策略为基础。在这里也很难不借助于其他国家的经验，但这种经验应当与本国的传统和现实相结合。”<sup>①</sup> 这是对人类法制进程及其历史经验的高度概括，我们可以从中得到深刻的启迪。中国法制现代化是中国人在本国历史条件下所进行的一场法律变革运动，有其特殊的历史运动轨迹和独特的发展道路。在中国法制现代化进程中，怎样处理好法制变革与社会发展，法制传统与现代法制，法律本土化与国际化，法律制度与法律意识之间的矛盾关系，是目前中

---

① [俄] B.B. 拉扎列夫主编，王哲等译：《法语国家的一般理论》，法律出版社 1999 年版，第 337 页。

国法制变革所提出的重大课题，是当代法学工作者所肩负的历史使命。正是基于这样的使命感，《法制的传统与现代化》学术文库应运而生。

《法制的传统与现代化》是一套由河北师范大学法政学院组织编撰的学术文库。河北师范大学法政学院目前拥有一个博士学位授权点、一个省级重点学科、五个硕士学位授权点，近年来在学科建设上取得了长足的进步。本文库的出版，是学院法学专业学科建设的一个重要举措。文库没有严格的主题限制，也不以编辑出版固定的册数为目标。这次被列入文库的专著，大多属于学院新近毕业的青年学者的博士论文。它们包括：张继良博士的《中共人权理论与中国人权立法》，刘云升、任广浩教授的《农民权利及其法律保障问题研究》，张志永博士的《婚姻制度从传统到现代的过渡——1950年至1956年河北省婚姻制度改革研究》，姜密博士的《宋代“系官田产”研究》，张继良教授、王宝治、褚江丽副教授的《公民权利与宪政历程》，赵立新、毕连芳的《近代东亚的社会转型与法制变迁》。

文库的出版，得到了中国社会科学出版社总编辑李茂生先生的鼎力支持，第四编辑室主任任明先生和有关编辑付出了艰辛的劳动，河北师范大学及法政学院有关领导为文库的写作和出版给予了大力的支持和帮助。在此，仅向他们致以诚挚的敬意和谢忱。

李建强

2004年9月于石家庄

# 序 言

东亚地区是人类文明的发源地之一，其法律制度的发生发展也极具典型性。早在公元前 21 世纪，中国已进入阶级社会，随着国家的出现，产生了法律。春秋战国时期，成文法的出现是中华法制文明发展的重大进步。及至隋唐时期，中国封建法制已成熟完备。东亚地区的日本和朝鲜，虽然国家的出现比中国晚很多，但它们以当时在世界上处于领先地位的中国为榜样，模仿中国建立了比较完善的政治与法律体系，迅速走上封建化的道路。

7 世纪以后，以《唐律疏义》为代表的中国封建法律对东亚各国产生了重大影响，日本和朝鲜便是在保留本民族习惯法的同时，积极吸收中国封建法律的精华形成具有自己本国特色的法律制度的典型。17 世纪以后，西方各国陆续进入资本主义社会，与此同时，东方各国的封建制度逐渐衰落，在剧烈的社会变迁中，东亚各国的封建法律日益暴露出不能适应社会发展的弊端。19 世纪中叶前后，西方列强凭借其坚船利炮打开了东亚各国的大门，强迫它们与其签订不平等条约，并按照西方法律传统改造固有的传统法律。面对西方列强的威逼利诱和强势文化包括法律文化的冲击，东亚各国采取了不同的应对措施。中国的清政府以天朝自居，将西方法律文化看作是对皇权的威胁，因而抱着祖宗成法不可变的思想，对西方文明采取了抵制的态度，终有甲午之败、庚子蒙辱。虽有 20 世纪初的变革，已不能挽救危亡之大厦。民国时期，中国虽进行了一系列法典编纂，但由于军阀混战、日本入侵，法制发展的步伐始终蹒跚前行。

日本在明治维新后，以发展资本主义为目标，开始走上法制全

面西化的道路。它以法国、德国等大陆法系国家的资产阶级法律为模式，在短短几十年内，建立了近代资产阶级法律体系。进入 20 世纪后，在国际国内民主运动的影响下，日本的民主化立法逐渐增多，法律向现代化过渡。但 1932 年以后，由于法西斯政治体制的确立及侵略战争的扩大，法西斯立法逐渐占据主导地位。第二次世界大战以后，在盟军总部的监督 and 指导下，日本废除了法西斯法律，进行法制改革。以日本国宪法的制定为契机，日本先后制定了一系列体现民主化精神的法律。在制定法律中，日本吸收了英美法系国家的法律成果，同时保留了固有的法律传统和精神。从总体上说，近代以来日本法的改革虽经历曲折，但达到了富国强兵、“脱亚入欧”的目的。对此，英国著名的历史学家威尔斯曾说：在近代以前，日本在世界历史上是微不足道的，“她那隐遁的文明对于人类命运的一般形成过程来说，贡献并不大”。但明治维新以后，她却“以惊人的经历和智慧把她们的文化和组织结构提高到欧洲列强的水平。在人类全部历史中，从来没有一个民族向日本当年那样阔步前进”。自甲午战争以后，先进的中国人开始提倡向日本学习，而晚清的法制变革则拉开了移植日本法的序幕。

朝鲜在 1876 年被迫与日本签订不平等条约后，日本在朝鲜的势力逐渐扩大，1894 年后，朝鲜基本处于日本的控制之下，因此，朝鲜法律的近代化基本是在日本的影响或控制下进行的，法律的变革在一定程度上缺乏自主性。但 1945 年日本投降后，韩朝两国的法律逐渐走向了现代化的道路。

关于东亚的概念，学界存在歧异，有狭义和广义之分。狭义的东亚主要指中国、朝鲜、韩国、日本；广义的东亚除上述国家外还包括东盟各国。狭义的东亚是一种较传统的用法，本书使用的即是东亚的狭义概念，主要探讨中国、日本、朝鲜（战后韩国）三国近代社会的转型与法制变迁。

法制文明是人类文明发展的重要组成部分，虽然东西方各国法制文明产生和发展的背景不同、道路各异，但其创造的经验 and 价值

都是人类文明的宝贵财富，探讨东亚各国法律近代化的意义也在于此。

本书作者赵立新是我指导的博士研究生，其主要研究领域为外国法制史，特别是在日本法的研究方面有一定的基础，并有许多相关成果问世；毕连芳在南开大学攻读博士学位，研究领域为中国法制史，并发表了许多相关文章。本书是由两人分工合作完成的，在相关部分体现了各自的研究特长，是研究东亚法制史不可多得的参考书。鉴于此，我愿将这本《近代东亚的社会转型与法制变迁》推荐给广大读者。

是为序。

曾尔恕

2004年6月于北京

# 目 录

|                           |        |
|---------------------------|--------|
| 序言 .....                  | ( 1 )  |
| 第一章 近代以前东亚的社会与法秩序 .....   | ( 1 )  |
| 第一节 东亚文明的演进与中华法系的形成 ..... | ( 1 )  |
| 一 东亚文明的起源与发展 .....        | ( 1 )  |
| 二 中华法系的形成 .....           | ( 2 )  |
| 第二节 鸦片战争前中国的社会和法律 .....   | ( 5 )  |
| 一 鸦片战争前的中国社会 .....        | ( 5 )  |
| 二 鸦片战争前的中国法律 .....        | ( 7 )  |
| 第三节 近代以前日本的社会与法律 .....    | ( 9 )  |
| 一 日本文明的起源与早期法律 .....      | ( 9 )  |
| 二 律令时期的日本法 .....          | ( 11 ) |
| 三 幕府时期的日本法 .....          | ( 13 ) |
| 第四节 开国以前朝鲜的社会与法律体系 .....  | ( 16 ) |
| 一 朝鲜文明的形成与社会发展 .....      | ( 16 ) |
| 二 朝鲜法的起源与早期发展 .....       | ( 17 ) |
| 三 高丽王朝的法律制度 .....         | ( 18 ) |
| 四 近代以前李朝的法律 .....         | ( 21 ) |
| 第二章 中国：传统重负下的法制改革 .....   | ( 25 ) |
| 第一节 鸦片战争后中国社会的变迁 .....    | ( 26 ) |
| 一 鸦片战争后社会经济的发展变化 .....    | ( 26 ) |
| 二 传统的极端专制政治体制的松动 .....    | ( 27 ) |
| 三 中国法律在传统体制内的创新 .....     | ( 29 ) |
| 第二节 清末法制改革与法制近代化的开端 ..... | ( 30 ) |

|     |                           |       |
|-----|---------------------------|-------|
| 一   | 修律宗旨的确定 .....             | (30)  |
| 二   | 修律的准备 .....               | (37)  |
| 三   | 修律活动 .....                | (46)  |
| 四   | 司法改革 .....                | (65)  |
| 第三节 | 民国初期的社会变迁与近代法制的初步发展 ..... | (68)  |
| 一   | 民国初期的社会变迁 .....           | (68)  |
| 二   | 宪政建设 .....                | (70)  |
| 三   | 刑事法律的发展变化 .....           | (79)  |
| 四   | 民事法律的发展变化 .....           | (83)  |
| 五   | 商事法律的发展 .....             | (88)  |
| 六   | 司法制度 .....                | (89)  |
| 第四节 | 南京国民政府时期法制近代化的初步完成 .....  | (93)  |
| 一   | 南京国民政府时期的政治经济状况 .....     | (93)  |
| 二   | 南京国民政府的法律体系 .....         | (95)  |
| 三   | 宪政建设 .....                | (98)  |
| 四   | 刑事法律 .....                | (104) |
| 五   | 民商事法律 .....               | (109) |
| 六   | 诉讼法及组织法的制定 .....          | (117) |
| 七   | 司法制度 .....                | (119) |
| 第三章 | 日本：法律的模仿与创新 .....         | (124) |
| 第一节 | 幕府末期的日本法 .....            | (124) |
| 一   | 幕藩法体系的确立 .....            | (124) |
| 二   | 幕末开港与不平等条约 .....          | (126) |
| 三   | 幕藩改革与外国法的输入 .....         | (128) |
| 第二节 | 明治维新与法制建设的开始 .....        | (129) |
| 一   | 明治维新与初期的法制建设 .....        | (129) |
| 二   | 仿古刑律与旧刑法的制定 .....         | (140) |
| 三   | 初期的民事法及相关法规 .....         | (147) |

---

|     |                         |       |
|-----|-------------------------|-------|
| 四   | 司法改革的开始·····            | (156) |
| 第三节 | 日本近代法体系的建立·····         | (159) |
| 一   | 天皇制国家机构的建立·····         | (159) |
| 二   | 明治宪法的制定·····            | (167) |
| 三   | 明治民法的制定与实施·····         | (176) |
| 四   | 商法典的编纂·····             | (185) |
| 五   | 1907年新刑法·····           | (192) |
| 六   | 法院组织法及诉讼法·····          | (196) |
| 第四节 | 第二次世界大战前日本法的变化·····     | (200) |
| 一   | 宪法与国家机构的变化·····         | (201) |
| 二   | 民商法的发展·····             | (208) |
| 三   | 刑法与治安法的变化·····          | (217) |
| 四   | 诉讼法的修改与司法变化·····        | (221) |
| 五   | 侵略战争与统制立法·····          | (226) |
| 第五节 | 战后改革与日本法的现代化·····       | (231) |
| 一   | 美国占领与战后改革的开始·····       | (231) |
| 二   | 《日本国宪法》的制定与实施·····      | (236) |
| 三   | 统治机构的改革·····            | (243) |
| 四   | 社会经济改革的立法·····          | (249) |
| 五   | 法典的修改工作·····            | (256) |
| 六   | 司法制度的改革·····            | (262) |
| 第四章 | 朝鲜(韩国):由被动到自觉的法制变革····· | (265) |
| 第一节 | 朝鲜开国与封建社会的解体·····       | (265) |
| 第二节 | 西欧法的导入·····             | (268) |
| 一   | 甲午战争前朝鲜的法制改革·····       | (268) |
| 二   | 甲午更张后日本控制下的法制改革·····    | (270) |
| 第三节 | 日本殖民统治时期的朝鲜法·····       | (272) |
| 一   | 日本殖民者颁布适用的法律·····       | (273) |

---

|     |                       |       |
|-----|-----------------------|-------|
| 二   | 韩国临时政府的宪法 .....       | (275) |
| 第四节 | 战后韩国法体制的形成 .....      | (276) |
| 一   | 对殖民法制的清算与新法典的编纂 ..... | (276) |
| 二   | 六法体系的建立 .....         | (278) |
| 附录: | 主要参考文献 .....          | (282) |
| 后记  | .....                 | (289) |

## 第一章

# 近代以前东亚的社会与法秩序

### 第一节 东亚文明的演进与中华法系的形成

#### 一 东亚文明的起源与发展

东亚文明在人类文明史上占有非常重要的地位，居住在东亚大陆上的中国是世界上最早的文明古国之一。中华民族的发展和世界上大多数国家和民族一样，也经历了很长一段无国家、无阶级的原始社会时期。中华民族的主体从远古时代开始便生活在黄河、长江流域。大约在 6000 年前，已逐渐摆脱狩猎和采集生活，进入以种植经济为主的原始农业经济时代。公元前 3000 年左右的炎帝、黄帝时代，中国大地上已绽露出文明的曙光。又经过数百年的发展，至公元前 21 世纪，原始社会解体，中国历史上出现第一个王朝——夏朝。大量的考古学、历史学资料已经充分证明，自夏代建立起，中国已正式形成了国家。朝鲜和日本国家的出现虽然比中国晚，但大约在公元前后也都先后建立了国家政权。

有了国家，就必然会出现法律，因为法律是统治阶级意志的体现，掌握国家政权的阶级必然要把自己的意志上升为法律。因此，国家产生后，法制文明也随之出现。中国早期法制文明包括两个组成部分，即礼和刑。礼起源于原始社会的祭祀活动，刑的产生与原始社会后期的部落战争有关。进入阶级社会后，礼和刑成为调整人们各种关系的行为规范，具有了法律的性质和作用。如，夏代有夏礼和“禹刑”，商代有商礼和“汤刑”，西周则在前代基础上制定了“周礼”、九刑、吕刑等，达到奴隶制法制文明的顶峰。日本和朝鲜

古代的法律则主要是在模仿中国法律的基础上建立起来的。

## 二 中华法系的形成

### 1. 中华法系的界定

对于中华法系的研究,是法史学界中的一个老课题。综观前人关于中华法系的论说,主要有如下几种观点。(1)中华法系是指封建社会的法律;鸦片战争后,中国社会性质发生了变化,中华法系也就解体了。也就是说,中华法系开始于战国时期李悝编著的《法经》,清末修律导致了它的解体。这一种观点以张晋藩、乔伟为代表。<sup>①</sup>(2)中华法系历经封建社会、近代社会甚至社会主义社会,期间虽有重大变化,但作为法系外貌来说,依然存在。这一观点以陈顾远、陈朝璧和陈鹏生为代表。<sup>②</sup>(3)中华法系是汉朝以后的中国封建法律制度和朝鲜、日本、越南的封建法律制度构建的一个法系。<sup>③</sup>(4)中华法系是一个发源于夏、解体于清,以唐律为代表,其影响及于东亚诸国的法律体系。<sup>④</sup>

上述几种观点的分歧涉及中华法系是从社会形态的角度来界定,还是从文化价值观念、表现形式以及影响来划分的问题。笔者基本同意第一种观点,即:中华法系是一个发源战国、解体于晚清,以唐律为代表,以法的伦理化为基础特征,其影响及于东亚诸国的一个法系;它是世界传统五大法系之一,在世界法制史上占有重要地位。

### 2. 中华法系的形成和发展

中华法系虽然开始于战国,但同世界上任何一种法系一样,也

---

① 张晋藩:《再论中华法系的若干问题》,载张晋藩著《法史鉴略》,群众出版社1988年版。乔伟:《论中华法系的基本特点——礼法结合问题》,载《法史研究文集》,西北政法学院1983年刊印。

② 陈顾远:《中国法制史概要》。陈鹏生:《论社会主义中国法系》,载《法学》1982年第2期。陈朝璧:《中华法系特点初探》,载《法学研究》1980年第1期。

③ 杨振洪:《论中华法系的形成和发展条件》,载《法学研究》1992年第1期。

④ 董茂云:《比较法律文化:法典法与判例法》,中国人民公安大学出版社2000年版。

有其历史渊源。中国早期法制即奴隶制法中的礼和刑，尤其是西周奴隶制法中的礼制，是中华法系的一大历史源流。西周礼制中的宗法制度以及“亲亲”“尊尊”、“明德慎罚”的立法原则，对中华法系的形成和发展均产生了重大影响。中国封建社会行政性质的法典，如《唐六典》、《明会典》、《清会典》等，日本封建时代的《大宝律令》，朝鲜李朝的《经国大典》，立法时都参照了《周礼》。即使是中国封建时代的基本刑法典，立法时也受到“亲亲”“尊尊”、“明德慎罚”等立法原则的影响。

公元前5世纪，魏国的李悝编著《法经》，这是中国历史上第一部比较系统的封建成文法典。该法典把惩治盗贼作为“王者之政”的首要任务，把维护以君主为核心的封建等级制度作为中心内容，并确立了“以刑为主，诸法合体”的法典编纂体例。这种立法模式、法律内容和法典编纂体例对以后王朝的法制建设影响很大。另外，战国时期，地方司法制度呈现出司法、行政合一的特点，这一特点一直持续到清末中华法系的解体。

秦始皇统一中国，建立了中国历史上第一个封建专制主义中央集权的王朝，确立了以后几千年中国传统政治格局和政治模式，因此维护专制主义的政治体制成为秦律的主要任务。另外，秦代除律这种基本法律形式外，令、法律答问、廷行事等法律形式也是其法律体系的重要组成部分，从而使得秦朝法律制度的内容更加丰富，法律制度也很严密。

在汉朝，中国封建法律制度在秦代的基础上得到进一步的发展，发展的主要表现是：汉武帝“罢黜百家，独尊儒术”后，在指导思想上接受儒家理论，使儒学成为官方的政治理论，于是皇权至上、法自君出、应经合议、礼法融合、德主刑辅、三纲五常等成为封建正统法律思想的内容。从此，汉代法律制度在理论、制度上开始“儒家化”。汉代以后的中国封建法律，都是沿着汉代儒家化的方向发展。另外，汉代法律形式在秦代的基础上有所发展变化，律、令、科、比四种法律形式构成汉代的整个法律体系。这是中华

法系形成和发展过程中的一个重要阶段。

三国两晋南北朝时期是中国封建法律制度迅速发展的时期，也是中华法系形成和发展过程中的一个重要时期。这一阶段虽然社会动荡不安，政权屡屡变更，但法律制度却得到迅速发展。首先，具体法律制度的儒家化得到加强。引礼入律、礼法结合成为这一时期法制的特色所在。一些新形成的重要法律制度和原则，如“八议”、“官当”、“重罪十条”、“服制定罪”、“存留养亲”等均来自于儒家之礼。其次，出现了一些新的法律形式，比如，以格代科式的出现，律、令概念的明确区分，使汉代律、令、科、比逐步向隋唐比较成熟的法律形式——律、令、格、式转变。

隋唐时期是中国封建法律制度的成熟阶段。随着封建政治、经济、文化的高度发展，封建法律制度也趋于完备，表现在：第一，在总结前代立法经验的基础上，立法技术得到进一步提高。唐代统治集团制定了以《唐律疏议》为代表的一批优秀法典，并制定了专门的行政法典《唐六典》，开启了中国古代行政立法的先河。从此，编制行政法典和制定刑法典一样，成为中国古代立法的一种传统。第二，法律内容上，以《唐律疏议》的制定为标志，汉代开始的法律儒家化过程基本完成，即中国古代的“礼法结合”过程告终，儒家之礼的内容被巧妙地纳入成文法典之中。第三，法律体系趋于完备。唐代根据调整对象的不同而有不同的法律形式，各有侧重，互相配合，形成相当稳定的由律、令、格、式组成的法律体系，统一调整各种社会关系。此外，唐代诉讼制度、司法体制也达到了很高的水平。总之，以《唐律疏议》为代表的唐代法制，达到了中国封建时代法制的最高水平，因而成为中国古代法制的代表作，在中国法制史上占有重要地位。

综上所述，从战国至唐朝的封建法律陈陈相因，具有非常清晰的沿革关系和内在联系之处，很少受外来影响，并自唐朝开始对东亚产生重大影响。如朝鲜的《高丽律》便是模仿唐律而成，其篇目、内容与唐律极为相似。日本自大化革新进入封建社会后，仿照