



中国政法大学法律史学研究中心博士文丛
教育部人文社会科学重点研究基地资金资助



李青
著

洋务派法律思想 与实践的研究

中国政法大学出版社

中国政法大学法律史学研究中心博士文丛
教育部人文社会科学重点研究基地资金资助

洋务派法律思想 与实践的研究

李 青 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

洋务派法律思想与实践的研究/李青著. —北京:中国政法大学出版社,
2005.6

ISBN 7-5620-2746-3

I. 洋... II. 李... III. 法律-思想史-中国-近代
IV. D909.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 066379 号

* * * * *

书 名 洋务派法律思想与实践的研究
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 7.25
字 数 185 千字
版 本 2005 年 8 月第 1 版 2005 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2746-3/D·2706
定 价 18.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 zt5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

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。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

中国政法大学法律史学研究中心
博士文丛编委会

顾问 张晋藩

主 编 朱 勇

执行主编 张中秋

编 委 (按姓氏笔划)

[美] 包 恒 刘广安 朱 勇

[日] 寺田浩明 李贵连 许章润

何勤华 陈景良 郑 定 林 乾

张中秋 张晋藩 范忠信 郭成伟

徐世虹 徐忠明 高鸿钧 崔永东

[韩] 崔钟库 黄源盛 曾尔恕

曾宪义 霍存福

《博士文丛》序

《博士文丛》是我国教育部人文社会科学重点研究基地·中国政法大学法律史学研究中心推出的丛书之一，它以优秀的法律史学博士论文为甄选对象。目的是及时反映和交流他们的研究成果，借以拓宽法律史学的研究领域，弘扬法文化，培养新的年轻的研究队伍。

近年来，一批优秀的法律史学博士生或潜心于某一专题的研究、或驰骋于中西法文化交流的广阔领域。他们的论文反映了学术根基之坚实和勇于创新的精神，尽管仍有这样那样的不足或瑕疵，但仍不失为法律史学宝库中的新贡献。我们希望源源不断的法律史学博士论文能够成为《博士文丛》的源头活水，使它朝着预定的宗旨不断地充实提高。

张晋藩

2005年4月30日

序 言

中国近代史上发生的洋务运动历时二十余年，对于中国近代经济、政治、军事、法律、文化教育的发展，具有一定的历史意义。近年来学者们对洋务运动进行了实事求是的研究，做出了比较公允的评价，但从洋务派的法律思想与实践的结合上分析洋务派的作用的论著尚不多见。作者李青运用历史唯物主义的观点、方法阐述了洋务派与洋务运动产生的必然性，并将洋务派的法律思想与近代新式企业的管理、政治法律制度的建设、文化教育的发展等结合起来，从而有力地说明了洋务派与洋务运动的历史地位。

作者依据丰富的史料和系统的分析，将洋务派的法律思想概括为“稍变成法”的进化法律思想、以自强为目的的军事法律思想、以求富为核心的经济法律思想、重申韩之术的刑法思想、以应付殖民地外交交涉的国际法思想和培养近代法律人才的法律教育思想等六个方面，并结合洋务派的实践活动突显了其法律思想的价值。洋务派无论是稍变成法，采用西法；还是利用外资，兴办近代企业；还是设立同文馆，以翻译西方科技、社会政治、法学著作作为了解西方情况和输入西学的重要途径；还是向西方派遣留学生，学习西方先进的科学技术，都是以“中体西用”作为理论基础并贯彻洋务运动的始终的。作者认为，“中体西用”较之魏源“师夷长技以制夷”更具有实际内容，涉猎的方面也更为广泛，而且是在当时

的历史背景下所能提出来的符合中国国情的自救自强的指导原则。指出：由于洋务派是对清朝决策起着重要影响的大官僚集团，因此，他们的言行有着转变风气的作用。尽管当时所能进行的“稍变成法”和引进西法都是有限的，但作为中西法文化交流的开篇，其意义是不可以低估的。洋务运动虽然经过了几十年的实践，最终退出了历史舞台，但是，“中体西用”理论作为中西文化相互碰撞和吸收的一种范式，却没有随着洋务运动的消失而消失，它在较长一段时间里仍然起着引导中国传统法文化向近代法文化转型的理论导向作用。

作者不仅从洋务派的法律思想与实践的结合上进行剖析论证，而且还以纵深的笔触比较了洋务派与改良维新派的异同，以及洋务派的法律思想对清末法制改革的影响。认为洋务派引进西方科学技术和西方法律进行物质层面变革的目的，虽然是为了维护清朝的专制统治，但客观上的确促进了中国近代法制的发展和法律思想的变化。洋务派移植西方法律的经验和培养法律人才的措施，都对二十世纪初期的修律与司法改革有着重要的影响。由洋务派破除成法到沈家本修律，显示了中国法制近代化的发展阶段；由译取英美法律到准依大陆法系，反映了中国法制近代化的走向；由“中体西用”自存自保到收回治外法权，反映了中国法制近代化的目标。从历史发展的角度看，洋务运动对于中国法制的近代化具有开启之功。

作者自一九八五年开始撰写《曾国藩的政治法律思想》论文，获得法学硕士学位以来，侧重于对中国近代法律制度与法律思想的研究，一九九一年留学日本，又开拓了比较法律史研究的新领域，并获得日本比较法学硕士学位，回国后获得中国法律史博士学位，

在中国政法大学法律史学研究中心从事研究工作。近两年内，在权威刊物、核心刊物上发表了涉及中国法律史、法文化史和比较法律史等一系列学术论文，显示了她在学术上的厚积薄发和较深的研究潜力。《洋务派法律思想与实践的研究》一书，突出了史论结合的特点，洋溢着作者的创新精神，反映了作者扎实的理论功底，宽广的业务知识，独立的研究能力和良好的学术素养。时值该书付梓之际，欣然命笔，为之作序。

張晉藩

2005年3月2日

目 录

序言	(1)
第一章 鸦片战争后的中国社会与洋务运动	(1)
(一) 社会性质的变化与清政权主权地位的丧失	(1)
(二) 政治危机的深化与洋务运动的兴起	(10)
(三) 洋务派与洋务运动	(14)
(四) 洋务派的理论基础与目标	(20)
(五) 洋务运动的发展阶段与终局	(32)
第二章 “稍变成法”的进化法律思想与实践	(39)
(一) “稍变成法”，以图自强	(39)
(二) 引进西法的改良措施	(42)
第三章 以自强为目的的军事法律思想与实践	(51)
(一) 建立现代军事工业，并使管理制度法律化	(51)
(二) 近代军队与军事法的产生	(57)
第四章 以求富为核心的经济法律思想与实践	(67)
(一) 晚清兴办工商业的三种形式	(67)

(二) 实行股份公司制	(73)
(三) “与洋商分利”，地方商业法规的出现	(75)
(四) 利用外资，振兴实业	(83)
(五) 保护专利，减免厘税	(91)
第五章 重申、韩之术的刑法思想与实践	(96)
第六章 以应付殖民地外交交涉的国际法思想与实践	(106)
(一) 引进国际法，倡言国家主权平等	(106)
(二) 对不平等条约的批判和“隐示羁縻” 的外交思想	(111)
(三) 传播、利用国际法知识，处理外交事务	(116)
(四) 建立近代外交机构	(119)
第七章 培养近代法律人才的法律教育思想与实践	(125)
(一) 开办洋务学堂与翻译出版西书	(125)
(二) 派员考察和派遣留学生	(131)
第八章 洋务派与改良维新派的区别和联系	(141)
(一) “皮毛”与“精髓”，关注西方议会制度	(142)
(二) “稍变成法”与变法变易观	(147)
(三) “求强求富”与“重商富民”	(149)
(四) 仿行西方，制订经济法律	(154)

第九章 洋务派的法律思想与清末法制改革	(158)
(一) 民间工商业的发展与维新政治, 奠定了清末修律的基础	(158)
(二) 由洋务派破除成法到沈家本修律, 反映了中国法制近代化的发展阶段	(165)
(三) 由译取英美法律到准依大陆法系, 反映了中国法制近代化的走向	(173)
(四) 由“中体西用”自存自保到收回治外法权, 反映了中国法制近代化的目标	(188)
第十章 从历史、文化和法制近代化的角度看洋务运动	(192)
(一) 洋务派发展了林则徐、魏源了解西方, “师夷制夷”的思想, 在理论和认识上达到一个新的层次	(192)
(二) “中体西用”论是中西法文化相互碰撞和吸收的一种范式	(202)
(三) 洋务运动开启了中国法律的近代化	(207)
后记	(213)

第一章 鸦片战争后的中国 社会与洋务运动

（一）社会性质的变化与清政权主权地位的丧失

传统的中国是一个自给自足的自然经济占统治地位与宗法伦理性社会结构的封建国家，经济上的封闭决定了政治上的保守，而政治上的保守又决定了文化上的排外。在封建专制主义的统治下，中国与世界是隔绝的，在创造了灿烂古代文化的中国人眼里，中国是天下的中心，中国的皇帝是“天子”，中国以外的国家都是蛮夷戎狄，均受中国文明的统治和滋润。这样的民族文化心理，“必定使我们人类中那个国家的人都把自然的自满和守旧思想，都看成是正当的事了。十九世纪以前的两千多年，中国历史上很少能引起中国人头脑中对于他们自己的文明一般优越于世界其他各处的文明，发生过任何认真的疑问，因此，显然也没有任何改变的理由。”^{〔1〕}因此，在鸦片战争以前，对西方文化的排斥基本上被大多数中国人普遍认同。

一七〇四年大天主教多罗奉命携《七条禁约》来华，企图使康熙取消其禁止中国人使用“天”、“上帝”字眼，不许入教者祭祀祖宗及孔子，不许立“牌位”、“神主”（康熙与罗马关系文书）的所谓禁约，遭到了康熙的断然拒绝。此后，康熙谕令传教士回国，留在中国者“不许传教”。一八一一年嘉庆皇帝令刑部议定西

〔1〕 赫·乔·韦尔斯：《世界史纲》，人民出版社一九八二年版，第二五页。

洋人传教治罪的条例。条例规定：“西洋人有在内地传习天主教，蛊惑多人及旗民等向西洋人转为传习……为首者拟绞立决。”进而阻隔了中外文化上的沟通。

在鸦片战争前夜，虽然也有一些外来文化传入中国，但其最终结果不是被拒之于中国的国门之外，就是被中国的传统文化吸收、改造，纳入儒学的道德体系，而成为传统文化的补充，如东汉以来的佛教文化。这些外来文化不仅不能取代中国传统文化的统治地位，甚至连自己的独立性都无法保持，因为中国的传统封建文化已经植根于封建的自给自足的自然经济的土壤中，与封建统治阶级的政治需要相适应，具有了顽强的延续性和稳定性，只要封建社会的经济基础和政治体制不发生改变，封建的文化结构和层次也就不可能有根本的改变。

然而，此时西方资本主义的生产关系已经成熟并迅速地发展起来，资产阶级用暴力手段迅速地将社会生产力推到了一个前所未有的发展高度，在科学技术和社会科学领域，连续发生历史性的突破，使欧洲成为当时的资本主义经济、政治和文化的中心。中国的统治者和许多封建士大夫却仍在恪守着儒家经典、训条及古圣先王的治世之道，对大洋彼岸发生的一切茫然不知。但是，这种“天朝”的自诩和“文治武功”、“深仁厚泽”的陶醉，最终被称为“蛮貊夷狄”的西方所打破。十九世纪中叶，英、法、美等西方资本主义在本国获得统治地位以后，随着产业革命在本国的完成，高度膨胀的资本驱使他们到处寻找工业原料产地和商品销售市场，把扩张政策推向全球。他们“保留了大量的为我们十六世纪和十七世纪的共同祖先所持有的古老的海盗式掠夺精神”，^{〔1〕}高唱着“自由贸易”，瞄准了中国这块广袤的土地，他们开始以鸦片贸易

〔1〕 恩格斯：《英国人对华的新远征》，《马克思恩格斯全集》（第十二卷），人民出版社一九六二年版，第一八六页。

为手段，向中国输入鸦片，获取高额利润，造成清政府大量白银外流，在遭到抵制以后，又于一八四〇年悍然发动对中国的侵略战争。

侵略者所到之处，“遇衣服银两，牲口食物，恣意抢夺，稍或抵拒，即被剑击枪打。”例如在广州城郊，“打破门扇，抢夺耕牛，搜索衣物，淫辱妇女，发掘坟墓，祸及枯骨。”^{〔1〕}赤裸裸的暴力掠夺，给中国人民的生命财产带来巨大灾难和损失。由于清政府的腐败无能，在第一次鸦片战争的对抗中遭到失败，被迫签订了《中英南京条约》、《虎门条约》、《中美望厦条约》、《中法黄埔条约》等一系列不平等条约。根据这些不平等条约，割地赔款，西方列强乘机攫取了在中国的协定关税、沿海自由航行权、片面最惠国待遇、领事裁判权等特权，破坏了中国的主权独立和领土完整，从此，中国的国门被侵略者以武力强行打开，遭遇了三千年未有之巨变，整个中国社会经济、政治、文化、外交都开始发生前所未有的重大变化。

鸦片战争前，外国商人来华从事贸易活动，都要接受中国政府的管理和监督，遵守中国政府的法令，按照中国海关自定的税率缴纳税款，贸易交往只能由官方指定的一些行商居间代理进行，外国来华贸易必须经由这些行商，关税也由他们代扣代缴，外商不准在法令允许的范围外随意活动，中国对外贸易拥有完全的自主权，丝毫不受外力的制肘和束缚。然而在战后，由于清政府对国际法的茫然无知和软弱，使得《中美望厦条约》、《中法黄埔条约》中竟赫然写上“倘中国日后欲将税则变更，须与合众国领事等官议允”，“应与佛兰西众同议允后，方可酌改”的协定关税原则，从此，中国的关税制度由自主的国家税制变为丧失自主的片面协定税制，非

〔1〕 齐思和、林树惠、寿纪瑜编：《鸦片战争》第三册，新知识出版社一九五五年版，第三四一页。

经缔约国同意，中国不能自主地调整税率。这条不平等的规定，意味着中国的关税失去了壁垒，丧失了重要的关税自主权。此后，侵略者又乘虚而入，以实行领事代征关税为名，公开夺取了上海海关行政权。一八五四年六月，英、美、法三国领事又以欺骗要挟的手段，与上海道订立了所谓的上海海关协定，由三国各派一人共同组成“关税管理委员会”，控制了上海海关。一八五八年中英《通商章程善后条约》第十条规定，仿上海海关的做法，“各口岸划一办理”，“邀请英人帮办税务”，各口岸均由外国人充当税务司，掌管该关的行政大权。一八五九年，清朝两江总督何桂清被迫任命英人李泰国为总税务司，一八六一年总理各国事务衙门任命赫德接替李泰国为总税务司。自此，中国海关的用人和行政大权握在赫德之手长达四十年之久。

中国关税自主权和海关行政大权的丧失，无疑于把掌握中国门户的钥匙交给了外人，外国资本可以毫无限制地向中国倾销商品和搜刮中国的原材料，外国侵略势力可以以租界为避风港，在领事裁判权、最惠国待遇等特权的保护下，排斥中国的司法、行政和治安权的约束，在贸易活动中可以视中国法令于不顾，肆无忌惮地进行非法贸易活动，贩卖鸦片，掠夺人口，走私偷漏，而中国政府却无权过问。中国在对外经济贸易中，丧失了原有的独立自主的地位，完全处于被动地服务于资本主义世界市场的需要的经济附庸地位，已由战前的贸易出超地位转变为入超地位。为了遏制这种贸易上的逆差，请政府不得不使白银大量外流，使年产银不过四十四万两的国家，银源日竭，出现所谓“银荒”。白银外流，必然造成钱价下跌，银和钱比价的大幅度波动，直接影响政府的财政和国民经济，农业、个体手工业者的利益遭到损害，日益贫困、终至破产。

据记载，自西方侵略者强行增辟商埠和攫取从沿海到内地的通商特权以来，在对外贸易方面，中国多少年来出口的商品，几乎只剩下丝、茶两项。一八八六年以后由于受到印度、锡兰和日本茶竞

争的影响,输出量下降,几乎趋于停滞和衰落的趋势。十九世纪末,由于国际形势的变化,出口数量才开始逐步增长,但从出口商品结构来看,中国的出口贸易绝大部分是农副产品。与出口额锐减形成鲜明对比的是进口量的猛增,一八六四年进口货净值为四千六百万海关两,一八六六年后增至六千五百万两左右,一八八七年突破一亿两大关。而货物值从一八六〇年至一八八六年都维持在七千万两左右。^{〔1〕} 鸦片战争以后,鸦片贸易取得“合法化”的地位,《天津条约》所附《中英通商善后条约》规定:“洋药准其进口,议定每百斤纳税银三十两。”以此为依据,鸦片贸易再也不必掩人耳目地偷偷进行了。一八四〇年中国的鸦片输入数量为一万五千六百一十九箱,一八五四年就增加为六万一千五百二十三箱。^{〔2〕} 此时鸦片在名义上虽还属违禁品,但是根据条约的规定,鸦片“合法”后,到一八八七年,加上通过非法途径每年运入中国的鸦片二万箱,总数量约在八九万箱左右。^{〔3〕} 巨额的鸦片贸易给西方资产阶级带来惊人的非法利润。洋务运动开始以后的六七十年代,与工农业产品的商品交换才取代鸦片贸易,成为中外贸易的主流。

外国商品的侵略,不仅给中国经济带来不利影响,而且也使中国民族经济的发展受到外国商品的竞争和排挤。鸦片战争前夕,中国经济的主导仍然是小农业和家庭手工业密切结合的自给自足的自然经济,封建土地所有制依然是中国社会的经济基础。清朝初年,统治者为了增加税收,进行了一些赋役制度的改革,实行“更名田”政策,将前明庄田给予原种之人,奖民垦荒,招徕流民,开垦无主荒田,给予印信执照,永为世业,从而使不少无地农民获得

〔1〕 姚贤镐编:《中国近代对外贸易史资料》第三册附表一,中华书局一九六二年版,第一五九一页。

〔2〕 [美] 马士:《中华帝国对外关系史》卷一,上海书店二〇〇〇年版,第六一二~六一三页。

〔3〕 姚贤镐,前引书卷三,第一六〇二页。

了土地，成为小土地所有者；清朝还推行“摊丁入亩”的赋役改革，严禁豪绅地主“受人投献产业人口”，^{〔1〕}并基本上革除了豪绅地主优免赋役的特权和规避徭役的现象，使庶民地主和小土地所有者因此而获得了发展的机会。

乾隆朝时期，商人看到占有土地带来的经济收益，热衷于大买土地，广置田宅，地主身份地位的变化，促使地主与农民之间的关系发生相应的变化。在一般租佃关系下，佃农不再终生束缚于地主的土地上，只有在契约期间才被束缚在土地上，契约满了可以自由离去，佃农的社会地位亦有所提高。光绪《大清会典事例》规定，不允许“不法绅衿私置板棍擅责佃户”，^{〔2〕}佃农犯罪以“良人”论断，^{〔3〕}表明佃农的人身依附关系已趋松弛。

雇工的地位也有了变化。乾隆年间对有关雇工的法律修改过三次，嘉庆年间也修改过一次，其中《大清律例》明确规定：“凡官民之家，除‘典当家人’、‘隶身长随’仍照定例治罪外；如系车夫、厨役、水、火夫、轿夫及一切打杂受雇役人等，平日起居不敢与共，饮食不敢与共，并不敢尔我相称，素有‘主仆名分’者，无论其有无文契、年限，均以‘雇工（人）’论。若农民佃户雇请耕种工作之人，并店铺小郎之类，平日共坐共食，彼此平等相称，不为使唤服役，素无‘主仆名分’者，亦无论其有无文契、年限，俱依‘凡人’科断。”说明雇工已从接受雇佣时间来划分改为按与雇主有无“主仆名分”来划分。受雇于农民佃户家的没有“主仆名分”，与雇主“共坐共食”的雇工属于“雇工人”的范围，并与雇主在法律上地位平等。至鸦片战争前，已有一部分庶民地主和富裕农民，不仅雇佣了少量雇工，而且开始从事经济作物的经营，供

〔1〕《顺治实录》卷十七，新文丰出版股份有限公司一九七八年版，第四〇二页。

〔2〕《钦定大清会典事例》卷八〇九，台湾新文丰出版股份有限公司，一九七六年版。

〔3〕（清）祝庆祺：《刑案汇览》卷五九，北京古籍出版社二〇〇四年版，第四九页。