



中国近代社会与 法制文明



张晋藩 著

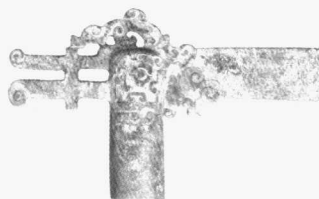
中国政法大学出版社

90140055

中国近代社会与 法制文明

张晋藩 著

Z 246



90140055

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国近代社会与法制文明/张晋藩著. —北京:中国政法大学出版社,
2003. 9

ISBN 7 - 5620 - 2482 - 0

I. 中... II. 张... III. 法制史—研究—中国—近代
IV. D929. 5

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第085375号

* * * * *

书 名 中国近代社会与法制文明
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 清华大学印刷厂
开 本 787×960 1/16
印 张 34.25
字 数 585千字
版 本 2003年12月第1版 2003年12月第1次印刷
书 号 ISBN 7 - 5620 - 2482 - 0/D · 2442
印 数 0 001 - 2 000
定 价 52.00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)62225059
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。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所



作者简介

张晋藩 男，汉族，1930年7月出生，辽宁省沈阳市人，现任中国政法大学教授。1952年中国人民大学研究生毕业，历任该校法律系讲师、副教授、教授。1983年至1994年任中国政法大学副校长兼研究生院院长。

1983年被评为中国法制史博士生导师，1988年被评为国家重点学科带头人，1991年享受国务院特殊津贴。曾兼任：国务院学位委员会第二届法学评议组成员，中国法律史学会常务副会长、名誉会长，中国老教授协会副会长、全国人大常委会内务司法委员会特约研究员、中国法学会理事等。现兼任：中国法律史学会专业顾问、中国法文化研究会会长、中国教育家协会名誉会长、海峡两岸法学研究会副会长等。

曾出版《中国法制史》、《中国法律史论》、《法史鉴略》、《中国古代法律制度》、《中国古代政治制度》、《中国法律的传统与近代转型》等三十余部学术专著，其中不少已译成英、日、韩等国文字。至今已发表专业论文二百余篇。自1982年以来，多次应邀赴美国、日本、加拿大、韩国、中国台湾地区、香港地区讲学。1986年应邀为中共中央书记处讲授法律课。1996年、1998年两次为全国人大常委会讲授法律课，受到各界人士的赞誉。

内 容 提 要

本书主要是阐述中国近代（1840 - 1919 年）社会的剧变所引起的法制文明的演变过程、规律性与历史借鉴。

在中国近代史上，救亡图存是一条主线，不同的阶级、阶层、政治集团、社会力量都提出了不同的改革方案。或者谋求中华民族的伟大复兴，或者借以自存自立，维持垂危的统治。从地主阶级改革派的改制更法，到农民阶级的废妖法兴天法；从洋务派的仿行西法、中体西用，到清廷的变法新政、预备立宪；从维新派的君主立宪、三权分立到民主派的建立共和，实行法治等等，可以看出改革法制始终是近代中国政治改革主张与实践的一项核心内容。

中国近代法制文明是近代社会的产物，是在引进西方法文化的同时，批判与吸收传统法文化的矛盾冲突中发展起来的。它不是某个权威的设计，也不是来自政治权力的强制，而是符合社会发展进步要求的历史性运动。这是一个渐进的螺旋式发展的真实进程，虽然不可避免地存在着形式与内容、思想与实际之间的矛盾，但总的说来无论是

被动的还是主动的，都反映了一种历史的必然。它所激发的不仅是制度层面的变化，而且有着丰富的思想内涵。它所起到的号召力与凝聚力，显示了中华民族的新文化素质和新法律意识的提高。这是近代法制文明最终取代封建法制文明的最深厚的群众基础。

百年来争取法制文明的历史，给予我们深刻的启迪，使我们在认真的反思中，体验历史发展的必然规律；在总结各种经验教训中，探索通向自由王国的途径，增强建设社会主义法治国家的主动性和预见性，使中华法制文明得以卓而不群地立于世界先进之林。

目 录

1	绪 论
8	第一篇 鸦片战争前后改制与更法思潮的兴起
8	一、鸦片战争前的中国
8	（一）闭关锁国的清朝
9	（二）社会的危机和西方的侵略威胁
13	二、主张改制更法的地主阶级改革派的出现
17	三、改制更法思潮的主要内容
17	（一）提倡睁眼看世界，运用近代国际公法调整中外关系
20	（二）师夷制夷思想的提出和最初的实施方案
23	（三）抨击腐败的吏治，倡言改革司法
30	（四）论证改制更法的历史必然性
33	（五）传承与发展体现中华法制文明的“德主刑辅”
38	（六）用贫富“不相齐”而争，解释法制文明的起源
40	第二篇 农民的“天法”与《资政新篇》
41	一、太平天国立法的指导思想与法制发展的阶段
41	（一）太平天国前期的立法指导思想
42	（二）太平天国后期的立法指导思想
47	（三）太平天国法制发展的几个阶段

48	二、政权组织与官吏铨选制度
54	三、土地立法
54	(一) 土地归天国公有
55	(二) 确立平分土地的原则
56	(三) 天国辖区土地关系的变动
57	四、婚姻立法
60	五、经济立法
63	六、刑事立法
63	(一) 刑事立法概况
64	(二) 罪名与刑罚
67	(三) 刑法原则
70	七、司法制度
72	第三篇 西方法文化的输入及其导向
72	一、西方法文化的输入
72	(一) 西方法文化输入的媒体
83	(二) 西方法文化传播的主要途径
90	二、中西法文化的碰撞与法观念的一次飞跃
90	(一) 中西法文化的碰撞与冲突
92	(二) 师夷变法观念的形成
96	第四篇 “中体西用”的洋务法制
96	一、洋务派的出现及其代表人物
101	二、洋务派的理论基础
107	三、洋务派的法律思想
107	(一) “稍变成法”，引进西法

112	(二) 开拓培养洋务法律人才的途径
115	(三) 增设洋务外交机关和提倡公法学
120	(四) 以近代经济法律调整新兴的工业企业
127	(五) 隆礼重刑、匡复旧序
132	第五篇 宪政思想的萌发
132	一、改良派产生的历史背景
133	二、改良派的代表人物
137	三、改良派的法律思想
137	(一) 仿行西政, 倡言变法
141	(二) 赞美议院制度, 主张君民共主
145	(三) 振兴商务, 以法护商
149	(四) 比较中西法律, 加强经济立法
153	第六篇 君主立宪与法治——维新派的追求
153	一、维新思潮的兴起及其代表人物
153	(一) 维新思潮产生的历史背景
155	(二) 维新派的代表人物
163	二、戊戌变法前后维新派的法律思想与实践
164	(一) 在西方法律学说影响下的三种法律观
178	(二) 君主立宪——改造国家的蓝图
191	(三) 兴民权, 建立新法制
203	第七篇 晚清宪政与宪法
203	一、预备立宪的提出
213	二、官制改革与皇族集权
220	三、筹设“预立上下议院基础”的谘议局和资政院

220	(一) 谘议局
224	(二) 资政院
228	四、办理地方自治
233	五、制定《钦定宪法大纲》和《重大信条十九条》
233	(一) 《钦定宪法大纲》
238	(二) 《重大信条十九条》
244	第八篇 晚清修律，中华法制文明走向近代化的开端
244	一、晚清修律的提出
247	二、晚清修律的成果与历史经验
256	三、晚清修律与沈家本、伍廷芳
256	(一) 沈家本的生平
258	(二) 沈家本的法律思想
288	(三) 伍廷芳的生平
289	(四) 伍廷芳的法律思想
294	第九篇 体现近代刑法文明的新章——《大清新刑律》
294	一、删除《大清律例》内重法，以适应会通中西的宗旨
296	二、《现行刑律》——中国近代刑法的过渡形态
296	(一) “总目宜删除也”
297	(二) “刑名宜厘正也”
297	(三) “新章宜节取也”
298	(四) “例文宜简易也”
299	三、吸收西方的刑法文化，起草新刑律
300	(一) 修订新刑律以适应世界法制文明的必要性
300	(二) 变通旧律的五个方面
304	(三) 采纳西方近代刑法原则

307	(四) 法典体例结构西方化
311	四、礼、法之争贯彻修律的整个过程
311	(一) 礼教派的观点
322	(二) 法理派的观点
331	五、《大清新刑律》的主要特点
331	(一) 资产阶级的刑法理论与旧律中的纲常立法新旧杂糅， 既冲突又融合
332	(二) 体现西方刑法的“三原则。”
333	(三) 打破旧体例成为单一的刑法典
334	第十篇 与西方民法接轨的《大清民律草案》
335	一、厘定民律，图治之要
340	二、体现固有民法与西方民法初步整合的指导原则
341	(一) “注重世界最普通之法则”
341	(二) “原本后出最精确之法理”
342	(三) “求最适于中国民情之法则”
342	(四) “期于改进上最有利益之法则”
343	三、中西汇合的体系与内容
344	(一) 总则
348	(二) 债权
349	(三) 物权
350	(四) 亲属
351	(五) 继承
352	四、《大清民律草案》的基本特点
352	(一) 体现了中国民法发展中的重大转折
353	(二) 新旧杂糅，反映了特定的国情社情
354	(三) 以财产法上的形式平等掩盖事实上的不平等

354	(四) 对民事习惯缺乏认真地甄别采纳
357	第十一篇 走向司法文明的改革
357	一、晚清改革司法的历史必然性
357	(一) 从危机中寻找出路
360	(二) 借立宪为动力
361	(三) 以西方为模式
362	二、官制改革与新司法体制的初创
367	三、部院司法权限之争
373	四、《法院编制法》的制订
376	五、程序法的法典化
376	(一) 《刑事民事诉讼法草案》
378	(二) 《大清刑事诉律草案》
381	(三) 《大清民事诉讼律草案》
383	六、晚清司法制度改革的特点
383	(一) 司法与行政分立
384	(二) 民事诉讼与刑事诉讼分理
386	(三) 初步展现近代意义的司法文明
388	(四) 采用律师制度
392	第十二篇 民主共和的国家方案与法制文明的新纪元
392	一、资产阶级民主派法律思想的产生及其代表人物
392	(一) 民主派法律思想的产生
395	(二) 民主派法律思想的代表人物
402	二、共和国方案的提出
402	(一) 痛斥清朝的弊症, 主张民族主义革命
404	(二) 提出资产阶级共和国的方案

411	三、主张以法治国，司法独立
411	（一）以法治国
415	（二）司法独立
416	四、建国三时期与五权宪法
422	第十三篇 由旧民主主义向新民主主义转变时期的法制文明
422	一、南京临时政府的立法建制
422	（一）南京临时政府的建立
424	（二）《中华民国临时约法》的制定
427	（三）革旧立新的各项立法
433	二、改革司法，实行文明审判
437	三、毁法与护法
441	四、宪法与法统
449	五、立法的进与退
449	（一）社会与立法
450	（二）民律草案的修订与大理院民事判例的要旨的价值
453	（三）特别刑法的广泛适用
457	（四）大理院的独立审判地位与军阀的干预司法
460	六、向新民主主义转变的急进民主派的法律思想
460	（一）急进民主派的代表人物
463	（二）急进民主派法律思想的主要内容
473	（三）同反社会主义法律的思潮进行斗争
476	附录 1838 - 1919 年清朝及北京政府法制大事辑要
532	后记

绪 论

一

中华法制文明经过四千多年的发展过程，不仅形成了独树一帜的鲜明特色，而且积淀了丰富的法文化内涵和坚实的人文底蕴，它滋润着古老的中华帝国和相邻的国家与地区，在相当长的时间里居于世界法制文明的前列。

中国封建时代的法制是植根于小农经济基础之上的，加之封闭保守的政治环境和不断强化的专制政权，以及由血缘纽带相维系的家族制度的支撑，使它具有稳定性、排他性、包容性和综合性。并在长期的发展过程中，形成了重教化，轻刑罚；重公权，轻私权；重家族，轻个人；重伦理，轻是非；重本业，轻末业；重道义，轻财利；重和谐，轻讼争等一系列特征，显示了中华法系卓尔不群的世界历史地位。直到清朝统治时期，仍然在汉满法文化交融渗透的基础上，形成了远较宋明为完备的法制。《大清律例》的有些规定，更加符合社会与民情；《大清会典》和各部院则例的颁行，构成了完整的封建行政法律体系；尤其是在因俗、因地制宜的立法原则的指导下，制定的少数民族专门法，如《蒙古律例》、《理藩院则例》、《回疆则例》、《西藏章程》等，标志着清朝在民族立法方面所取得的杰出成就。

但是，在中国法律漫长的历史发展过程中，只有纵向的传承，没有横向的比较吸收，中国与周边国家的法律交流，实际是中国法律的单向输出，统治者在这方面，严格遵循“夷夏之防”和“以夏变夷”的政策传统。尤其是清朝坚持奉行闭关锁国的政策，使得以农为本的自然经济结构，继续占统治地位；政治与文化的双重高压仍在桎梏着人们的思想与行为；统治集团中傲慢自大的心理，和顽固与保守的态势，依然很少改动。因此，清朝法制不可能超越封建法制的藩篱，清朝统治也不可避免地从康乾盛世的顶峰滑落下去。

1840年鸦片战争前夕,西方殖民主义国家已经把侵略的触角伸进这个古老的东方大国的疆域。当时除林则徐痛感睁眼看世界、了解外国情势的紧迫性之外,整个清朝朝野上下依旧沉浸在闭目塞听、因循旧章、歌舞升平的氛围之中。1840年第一次鸦片战争爆发,腐朽昏聩的清朝被英国侵略者打败,此后,西方殖民主义国家一次次发动侵华战争,一次次强迫清政府签订不平等条约。曾经以天朝大国自诩的清朝,逐渐沦为丧失主权的半殖民地国家。

如果说维持与外界的隔绝状态,是保存清朝固有的经济、政治、文化结构的必要条件,那么在西方殖民主义国家以炮火轰开闭关锁国的国门以后,不仅西方的商品如潮水般涌入这个广大的市场,西方的文化(包括法文化)也同其他商品一样,迅速涌入到中国。在这样的历史背景下,因循守旧的局面也随着封闭环境的破坏,而遭遇到尖锐的冲击。面对西学东渐的新形势,一部分爱国士大夫与开明官僚,在思考着庞然大物的清朝为什么会如此不堪一击?西方国家战胜中国是否仅仅源于船坚炮利?在国家管理体制上究竟出了什么毛病?中国要雪耻图强在思想文化上应该如何准备,等等。经过不断地、痛苦地反思,逐渐把思路集中到采西学以变革图存上。然而在守旧势力中,或者盲目地沉浸在中国历史上“以夏变夷”,“以夏化夷”的旧日春梦,说:“中国之道,如洪炉鼓铸,万物都归于一冶,若五胡,若元魏,若辽金,若金元,今皆与吾不可辨也。他时洋夷终必如此。”^{〔1〕}“外洋以富为富,中国以不贪得为富;外洋以强为强,中国以不好胜为强,此其理非可骤语而明。究其禁奇技以防乱萌,竭仁义以立治本,道固万世而不可易。彼之以为无用者,殆无用之大用也夫!”^{〔2〕}这种闭目塞听的议论,正如郭嵩焘所指出的那样:“西洋之局,非复金元之旧矣。而相与祖述南宋诸儒之议论,以劫持朝廷,流极败坏,至于今日而不悟。”^{〔3〕}或者“自命为正人者,动以不谈洋务为高,见有讲求西学者,则斥之为名教罪人,士林败类。”^{〔4〕}只是在列强侵略不断加深,民族危机的日益深重的历史背景下,“师夷长技以制夷”^{〔5〕}的思想,才被大多数人所接受。

在中国近代史上,救亡图存是一条主线。就内部而言,矛盾的焦点集中在国家体制上。鸦片战争十年后发生的太平天国运动中,农民阶级便提出了以

〔1〕《扁善斋文存》,转引自萧功秦:《儒家文化的困境》,四川人民出版社1986年版,第85页。

〔2〕刘锡鸿:《英轺私记》,湖南人民出版社1981年版,第110页。

〔3〕《郭嵩焘日记》,湖南人民出版社1982年版,第376页。

〔4〕郑观应:《盛世危言·西学》。

〔5〕魏源:《海国图志·序言》。

“天国”取代清朝，以“天法”取代“妖法”的国家方案。它反映了中国传统的文化结构、政治结构的动摇。太平天国在政权与法制，思想与文化的建设上，留下了值得汲取的经验与教训，特别是洪仁玕撰写的《资政新篇》，显示了在中国实施资产阶级法制的意图。这种意图虽然随着太平天国运动的失败而化作泡影，但它在中国近代法制文明史上，崭露了资产阶级法制文明的曙光。

在镇压太平天国运动的过程中，清朝统治集团被迫以“采西法”作为自存、自强、自救的良方。适应这种需要而产生的洋务派，主张稍变成法，调整某些机构，发展官督商办的工业企业。他们以“中体西用”作为理论根据，“中体西用”虽仍反映了文化上的自我中心主义倾向，但毫无疑问地表现出传统的“夷夏之辨”的重大变化。洋务运动在晚清历史舞台上存在了三十余年，在翻译西法，培养新式人才，对近代工业企业实施法律调整等方面取得了一定的进展。但总的说来，它企图维持的“中体”已经日益气息奄奄，至于“西用”也随着维新运动的兴起，而超出了洋务派所设定的范围。洋务运动终于退出了历史舞台。

随着西学东渐的深化，资产阶级上层代表的改良派与维新派，逐渐懂得了西方国家的强盛之由不仅在于船坚炮利、科学技术的先进，更重要的是在民主与法治学说指导下建立的资产阶级民主法律制度的优越。以儒家学说为基石的传统法律文化，已经不能适应时代的发展和满足人民救亡图存的需要，因此，先进的中国人把希望寄托在采用西方的民主政治与法制上。当中国的各种译书机构，广泛翻译介绍西方人文科学的时候，西方的法学著作和各种法律，也进入了人们的视野。以严复为代表的维新派翻译的西方法学著作，不仅成为维新派变法维新的理论武器，也使得人们从中看到了西方的法制文明，看到了改革中国传统法制的走向。

义和团运动以后，民权思想兴起并逐渐取得主导地位。杜士珍说：“夫自甲午之创，庚子之变，大江以南，六七行省之士，翹然于旧政治、旧学术、旧思想之非，人人争从事于新智识、新学术，迄今而自由民权之论，飘沸宇内，莫能禁遏，固不得谓智育之无进步矣。”^{〔1〕}特别是日俄战争中日本取得了胜利，使得中国上下坚信立宪是中国独立与富强的必由之路。“数年以来，朝野上下，鉴于时局之阽危，谓救亡之方只在立宪。上则奏牍之所敷陈，下则报章

〔1〕 杜士珍：《论德育与中国前途之关系》，《新世界学报》，第十四号，光绪二十九年三月十五日。

之所论列，莫不以此为请。”^{〔1〕}在清朝被迫宣布预备立宪的背景下，变法修律、改革司法，也提上了议事日程，由此而将中国法制近代化的历程，推向了一个新的阶段。中国法律的发展，开始与世界法律的发展接轨，中国的法制文明也与传统决裂，奠定了以崭新的法文化为主体的近代法制文明。

进入20世纪以后，以民主共和国为奋斗目标的资产阶级民主派，作为一支新的政治力量，在中国历史舞台上扮演着重要的角色。他们提出了资产阶级共和国的纲领，喊出了“中华共和国万岁”、“中华共和国四万万同胞的自由万岁”的口号，奏响了近代史上伟大的乐章。作为民主派领袖的孙中山，坚定地指出推翻帝制、建立共和国，是世界的潮流、历史的必然。他说：“历史表明，在中国，朝代的生命，正像个人的生命一样，有其诞生、长大、成熟、衰老和死亡；当前的满清统治，自19世纪初叶即已开始衰微，现在则迅速地走向死亡。”^{〔2〕}

1911年10月10日，在孙中山思想的指导下发生了辛亥革命，推翻了清朝的统治，建立了南京临时政府，选举孙中山为临时大总统，并于次年3月11日公布了《中华民国临时约法》。

资产阶级民主派非常重视临时约法的制定，看作是确立共和体制，巩固民国的根基，是“创亘古未有之制”的根本大计。然而他们没有认识到放弃对政权的领导权，单纯的“法律限袁”的设想，只能落空。

继起的北洋军阀把持下的北京政府，徒有民国之名，人民无权依然如故。从北洋政府颁布的一系列法律中，突出地反映了军阀干政、荼毒民主的特点。迭次出现的毁法与护法的斗争，一方面说明了资产阶级民主派代表民众与北洋军阀集团的对立、斗争，是民国政治历史的重心所在；另一方面也表现了资产阶级民主派只能以临时约法作为号召群众、组织群众的旗帜，再也提不出更为激进的斗争纲领。他们为旧民主主义而进行的斗争，已经走到了末路。这时一些站在时代前列的思想家们，在思索着、探寻着超越资产阶级共和国的新的出路。1919年发生的五四运动，是中国革命转变为无产阶级领导的新民主主义革命的转折点。先进的思想家们开始运用马克思主义的宇宙观来研究中国的问题，寻求改造中国的方案。他们以1917年10月俄国的社会主义革命所建立的“劳农政府”，作为未来中国的模式，并勇敢地担负起这个伟大的历史使命。从

〔1〕《清末筹备立宪档案史料》上，中华书局1979年版，第25页。

〔2〕《中国问题的真解决》，《孙中山选集》上卷，第62-63页。