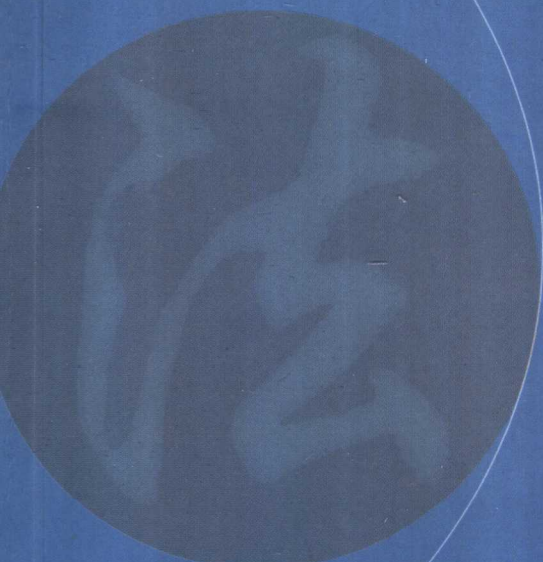


法律史论丛（第十辑）

中国历史上的法律制度 变迁与社会进步

林明 马建红 主编



■ 山东大学出版社

《法律史论丛》(第十辑)

中国历史上的法律制度变迁 与社会进步

林 明 马建红 主编

图书在版编目 (CIP) 数据

中国历史上的法律制度变迁与社会进步/林明, 马建红主编. —济南: 山东大学出版社, 2004. 9 (2005.4 重印)

ISBN 7-5607-2857-X

I. 中…

II. ①林…②马…

III. 法制史—中国—文集

IV. D929-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 086459 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码: 250100)

山东省新华书店经销

山东旅科印务有限公司印刷

880×1230 毫米 1/32 17.75 印张 525 千字

2004 年 9 月第 1 版 2005 年 4 月第 2 次印刷

印数: 1001 2000 册

定价: 46.00 元

版权所有, 盗印必究

凡购本书, 如有缺页、倒页、脱页, 由本社营销部负责调换

中国百年法制现代化之旅反思

——代前言

(一)

1998年9月12日，中国法律史学会第六届会员代表大会在济南召开，会员们围绕“中国历史上的法制改革”的主题进行研讨；时隔5年后的2003年11月16日，专家学者们再次聚集济南山东大学，召开中国法律史学会第七届会员大会，并就“中国历史上的法律变迁与社会进步”问题展开热烈讨论。与会代表向大会提交学术论文数十篇，同时数名代表在大会上宣读论文或发言，一些观点还引起了代表们的热烈讨论。这些论文和发言，涉及法律史研究的方方面面，如儒家思想与人权理念、儒家伦理与传统法律的伦理性、姓氏文化与古代法律、“良贱之别”与社会演进、宋代自首制度、“判决理由”的历史考察、近代以来（清末、民国）法制改革、法律文献整理成果介绍、法律史学学科发展及培养法律人理性素养的设想、“法治”与“德治”的关系问题，等等。大家畅所欲言，气氛热烈而融洽。其中，“法制改革”和“法律变迁”一再成为法史学者的热点话题，说明了在中国法律发展史上，“变”是一个永恒的旋律。尤其是中国近百年法制巨变的历史过程，其中蕴含着许多可供我们深思和考量的内容。事实上，如果说自秦汉以来法律在发展和完善的基础上形成的中华法系，只是一个量变过程的话，近百年从清末修律以来的法制变革，则是不折不扣的质变过程。1904年，当由沈家本主持的修订法律馆正式开馆办公之时，也标志着中国法制现代化航程的正式开启。在变革中，

绵延两千多年的中国传统法律体系逐渐瓦解，新的部门法体系逐步建立，古老的刑罚制度开始转向文明，法律的职能发生了根本性的变化，与之相应的法律理念、法治原则也走进了人们的生活。可以说，从此以后，中国的法律犹如神助般浩荡前行，走上了变革、发展的不归路。近百年的法制现代化之旅虽然布满荆棘、崎岖坎坷，我们甚至为此付出过惨痛的代价，但当法治以其规范的普遍平等适用的特征及其对人的权利自由优先保障的价值取向，成为中国人治国方略无可替代的选择时，我们已无回头路可走，如何走出中国特色的法制现代化道路这份答卷，是当代的中国人必须要回答的。社会科学的不可验证性，使我们不可能通过试验的方法来选择可行的道路；人的理性的有限性又决定了我们无法设计出一条绝对正确的路径，通向理想的现代法治大厦。比较可行的办法就是在前行的途中，不断地回顾与检视已走过的法制变革之路，总结成功的经验与失败的教训，以期使今后的法制现代化道路走得更通畅、更顺利。而回顾、检视与总结的工作，正是法史学者义不容辞的使命。

(二)

20世纪初的十年间，沈家本等人以其开阔的胸襟、开放的心态及其对旧律西学知识深切的掌握和了解，抓住历史机遇，担当起晚清变法修律的重任。在与“前史所未载，亘古所未通”的西洋诸国交手的过程中，晚清知识分子发现了对手的强劲，他们不仅有强大的武力，而且有其积极性和建设性都极强的制度文明。如果说魏源的“师夷长技以制夷”，还主要把着眼点放在西方人的“火器”、“战舰”、“养兵练兵”等器物文明上的话，沈家本的“我法之不善者当去之，当去而不去是之为悖；彼法之善者当取之，当取而不取是之为愚”的主张，则把注意力集中在了法律制度上，对“善”的“彼法”就是要“取”，要效法，要学习，当然对于旧法中的“善”的部分并不全盘否定。因此，“折中各国大同之良规，兼采近世最新之学说，而仍不戾乎我国历世相沿之礼教民情”就成为晚清变法修律所遵循的基本方针。从短期效益来看，清末的变法修律并没有有效地解决当时中国所

面临的深刻危机，其结果也距离人们所期望的救亡图存及维护满清统治的目标相去甚远。辛亥革命的爆发，使清政府匆忙通过的有限的几部法律草案搁浅，轰轰烈烈的变法修律活动似乎无果而终。然而，从长远来看，这场变革并没有因清政府的覆亡嘎然而止。大到它所依循的立足中国法律传统而吸纳西方现代法文化的变革路径，小到法律修订中所适用的原则甚至概念或术语等，都成为后世各类性质的政权继承和借鉴的有益的遗产。

王朝的兴衰，政权的递嬗，相伴而生的就是法制的变革。辛亥革命推翻满清王朝后建立的中华民国，与中国历史上赵宋代李唐式的权力更替有着本质的不同。宣称“主权在民”的新政府对此前以维护一家一姓利益为原则的法律，必须进行合理的取舍。令人欣慰的是，新政权并没有采取简单一刀切或全盘否定或全盘继承的模式，而是认识到即便是在社会发生剧变的情势下，也必须重视发挥法律整合社会的功能，以维持基本的社会秩序。由于新旧政权之间存在着本质上的区别，有关国体与政体方面的法律也应来一次彻底的改头换面；而法律并非仅具有单纯的阶级性的特征，这又决定了基于同一生活传统习惯发展起来的法律必然具有可资利用的资源。因此，南京临时政府在根据形势需要、紧锣密鼓制定新法的同时，也宣布了对清末修律成果的继承。临时政府参议院根据伍庭芳的提议，经审议后做出决议：“……所有前清时规定之《法院编制法》……《国籍条例》等，除与民主国体抵触之处，应行废止外，其余均准暂时适用……唯一面仍须由政府飭下法制局，将各种法律中与民主国体抵触各条，签注或签改后，交由本院议决公布施行。”这是革命时期法律变革所应走的正确道路，因为由于革命，旧政权之下的法律必被宣布无效，而新政府的法律无法立即颁行（从法律制定的程序要求来看也必须有一个合理的时间跨度），但生活中需要由法律来解决的冲突和纷争却不能不解决，这就需要符合理性的处理方式。南京临时政府这一新型政权为这种性质迥异的社会变革时期的法律发展提供了较好的范例，即在一个急剧变革的时代，人们切不可在革命热情的驱使下，将一切旧的东西斥之为落后而全盘否定，在法律方面尤应注意保持其稳定性和连续性。对

于传统法的彻底否定，不仅会导致一时的法律真空，使司法者无所依凭，使百姓大众无所措手足，它还会累及人们长久以来所形成的守法传统，普遍的守法观念的尽失则是社会生活中最危险的事情。

民国的法律，经过北洋政府时期的缓慢发展，到南京国民政府统治的前十年，以宪法为核心的六法体系终于建立了起来。清末修律时所确立的“注重世界最普遍之法则”、“原本后出最精确之法理”、“求最适于中国民情之法则”、“期于改进上最有利益之法则”的原则，仍然是这两个阶段法律发展变革所依循的通则，特别是南京国民政府确立的六法体系，就是在较大程度上吸收西方各国法制建设诸多经验的同时，又继承和保留固有法律传统的结果。清末法制改革中“酌古准今、融会中西”的原则，经过四类不同形式的政权，终于在20世纪30年代结出了六法全书这一果实。

(三)

1949年10月成立的中华人民共和国这一新型的人民政权，与国民党一党专政统治下的南京国民政府有着本质区别。南京国民政府虽然宣称主权在民，但在实际上实行的是个人独裁和一党专政的统治，与中国共产党领导的人民真正当家做主的新型政权，在性质上有天壤之别。这样，新旧政权的合法性基础和法理依据自然会有较大差异。如何对待系统性较强的六法体系、建立与新型政权性质相匹配的法律制度，就成为执政者所面临的问题。1949年2月，中共中央发布了《关于废除国民党六法全书与确立解放区司法原则的指示》，规定“……人民的司法工作，不能再以国民党的六法全书为依据，而应该以人民的新的法律作依据。在人民的新法律还没有系统地发布以前，应该以共产党的政策以及人民政府与人民解放军所发布的各种纲领、法律、条例、决议作依据”，并明确宣示人民政权对旧法律和西方国家的法律要全盘否定，要经常以蔑视和批判一切旧法律和资本主义国家法律的精神，建立新的法律观。这种彻底摧毁旧法统、抛弃中国传统法律文化、拒绝西方一切法律影响的态度，其思想根源在于我们党长期以来把法律看作是统治阶级的意志，把法律的本质归结为其具有

鲜明的阶级性。代表封建地主、买办、官僚资产阶级利益的法律，自然就是套在广大劳动人民身上的枷锁，必须彻底粉碎，保护人民大众的新的法律才能顺利成长。在这一思想指导下，新型人民政权于建国后在法律领域所进行的首先是对国民党政府的法律和司法制度的全面废除及对旧法人员的改造，这在客观上对我国后来的法制建设产生了一定消极影响。建国后，于1952年开展的司法改革运动，其目的是要划清新旧法律的界限，但其结果却是在将一大批训练有素的旧司法人员清理出司法队伍的同时，出现了简单地否定法律文化遗产的现象。尤其是对待旧法及欧美等资本主义国家法律的“蔑视”和“批判”的态度，实际上摧毁的是一个社会的法律权威，摧毁的是人们对法律的尊重和信仰。再加上废除旧法后留下的法律真空，由纲领、政策、指示等来填补的做法，使法律在人们心中成为可有可无的东西。在历次的政治运动及后来登峰造极的“文化大革命”中，法律被当作阶级斗争的工具，仅仅剩下了“刀把子”的作用。

经过了“文革”这场史无前例的浩劫，中国人民痛定思痛，深刻总结建国以来法制建设的经验和教训，提出了发展社会主义民主，健全社会主义法制的重要目标，法制建设从此走上正轨。在法制建设中如何对待传统法文化、如何吸收西方资本主义国家先进的法制经验，又成为当代中国人必须面对的问题。尤其是随着党和人民对社会主义本质特征认识的加深，我们终于确立了建立社会主义市场经济的目标后，经济与社会的转型要求与之相适应的法律制度，而以往在计划经济条件下制定的法律的滞后又往往阻碍了市场经济的发展；同时，随着全球化时代的来临和中国进一步的对外开放，也要求我们制定的法律必须既符合中国社会的发展，又能与国际接轨。因此，当市场经济体制的选择使我们自觉地走上建设法治国家的道路后，面对汹涌的包括法文化在内的西方文化的冲击，我们再次走到了改革的十字路口：是对强势的西方法律进行移植，还是在传统的法文化框架内进行修补、改造，对此我们必须作出选择。近年来，我国的法理学者正试图提出一些较为可行的方案，如主张以移植或借鉴外国的法律制度为主，由政府推进法制建设的现代化范式和主张从中国的本土资源中演

化创造，由民众主导进行的本土化范式，就在学界和社会上造成了较大的影响。当然，更多的学者主张我们应该走中西合璧的道路，对古今中外人类的一切法制遗产，兼容并蓄，博采众长，真正地走一条既为国人易于接受、又符合世界法律文明发展潮流的法制现代化道路。而这促使我们回到一百年前的起点，对“折中各国大同之良规，兼采近世最新之学说，而仍不戾乎我国历史相沿之礼教民情”进行深思、考量。

(四)

回望百年来的中国历史，充满了战争、屈辱、动荡、挑战，也充满了革命、改革、建设与机遇。人类可能经历的种种悲喜，都浓缩在了短短的一百年间。具有颠覆历史意义的政权更迭，分别发生在1911年和1949年，而与这种社会的大变动相伴而生的，并不是必然的法律的进步。历史展示在我们面前的，并非社会变迁与法制进步的正相关关系，否则，不会有辛亥革命后北洋政府更为黑暗的统治时期，也不会有建国后至改革开放前的法制缺失、权利观念荡然无存的年代。经由革命而产生的政权，是否必定会建立起一套体现人文关怀、以保障个人的尊严和价值为目的的法律体系，很大程度上取决于立法者、法学家乃至全体国民对法律本质的审慎的理解。新中国成立后的法制建设历程，就给我们留下了深刻的教训。革命是对以往社会秩序的颠覆和破坏，革命前后的法律自然也会产生根本的区别，但我们很难想象第一天成功地废除了革命前的法律，在第二天就能建立起一种新的革命的法律制度。“每次重大革命都经历了一个过渡期，在这期间，相继迅速地制定了新的法律、法令、规章和命令，并迅速地对它们进行修改、废除和更换。不过，每次重大革命最终都与革命前的法律妥协，通过将它们吸收到反映革命为之奋斗的主要目标、价值和信仰的法律制度中而恢复它的许多成分。因此，由重大革命所确立的新法律制度虽然保持在原来法律传统之内，但却改变了该法律传统。”伯尔曼对世界史上法律与革命之间的关系所做的透辟分析，正可以用作20世纪中国的社会与法律变革中应取的态度。法律文化与

其他社会文明一样，蕴涵着千百年来人类在处理各种关系中积累的丰富经验，后继者应以审慎和敬畏的态度来对待它，简单地把“阶级”的标签一贴了之的做法，不仅无益于社会的发展，还会给人类带来深重的灾难。

近现代中国法律的发展进程，从戊戌变法维新到清末沈家本主持的法制变革，从孙中山南京临时政府的法制建设到北洋政府及南京国民政府的法律发展，尽管保留有浓厚的传统色彩，但西方法律制度、体系的引入则占主流。然而在机械地移植这些先进制度的同时，与之相应的观念并未形成，致使“南橘北枳”，法律制度与法律观念经常处于游离状态，人们自然难以形成自觉守法的习惯，法律在实践中的效用也就大打折扣，直到今天，我们还在受此问题的困扰。因为随着全球一体化而来的是不同法律文化的融合，我们要融入国际社会就必须遵守共同的游戏规则，但这些规则背后的理念却与中国人长期以来形成的思维定势相左，因此观念的更新就成为百年来法制变革的未竟事业。这需要我们长期不懈的努力。

法律的发展、法治社会的形成，需要有一个和平、安定的环境，人们的守法观念也需要在法律连续发生作用的条件下养成。中国百年间法律的发展进程说明，相对稳定的社会秩序的存在是法制进步的前提。今天的我们必须以百倍的警醒，珍惜和维护来之不易的安定和平的环境。法史学者的任务，不在于向社会提出建构法律体系的宏伟构想，而是要把从法史研究中发现的经验和教训揭示出来，以免在今后的法制建设中走同样的弯路，犯同样的错误。

我们期待着一个符合人性、维护人权的法治社会的到来。

编 者

2004年9月于济南

目 录

传统法律文化研究

1	中国百年法制现代化之旅反思——代前言	编 者
3	也论 20 世纪初中国法学的转型	王立民
19	略论中国古代的社会控制模式 ——一个法社会学的研究	蒋传光
44	儒家伦理秩序与传统法律的伦理性 ——一种法社会学的思考	马建兴
63	略论儒家人权理念及其对现代人权思想的深刻影响	谷春德
72	法律传统论纲	徐 彪 费 菲
79	中国古代法律思想的变化与法律制度的变革	崔永东
96	曲阜孔府档案中的传统法律文化（论纲）	袁兆春
115	亲属·服制·法律	马建红
129	儒家思想与中国古代录囚制度 ——从录囚的角度看中国传统法律文化与社会进步	柴 荣

制度史与思想史研究

143	周秦之际的“变法”与信任结构的演进 ——兼析秦之盛衰原因	萧伯符 易江波
154	“徒法不足以自行” ——秦朝由“事皆决于法”而迅速走向亡国的历史启示	王胜国
163	汉文帝改制废女子宫刑考辨	张全民
173	“良贱之别”与社会演进 ——略论唐宋明清时期的贱民及其法律地位的演变	郑 定 闵冬芳
212	阿云案与宋代的自首制度	戴建国
230	金朝行政管理体制立法述论	曾海若
240	明清保辜制度研究	林 明 朱运涛
255	浅议官吏的连带责任及其失效 ——以清代律例及成案为例	鲁 鹏
265	托“洋”改制 ——法理派眼中的收回领事裁判权问题	高汉成
280	试论清末中国司法体制的转型	春 杨
288	浅析清末诉讼体制变革之得失	周 进
298	民初移植人身保护令制度述论	杨宜默
310	中国近代权利观念的文化整合	柳正权
317	驳“救亡压倒启蒙”论	高积顺
328	不应被忽视的康有为的共和思想 ——康有为对民国初期共和政体的设计	刘远征
344	梁启超宪法学思想研究	邱远猷 王贵松
369	陈独秀、梁启超宪政思想之比较	柳 珮
382	民国前期新式法院建设述略	吴永明

396	论国民政府时期司法独立的理论创意与实践得失	张仁善
413	谢觉哉对陕甘宁边区民主选举制度的理论贡献	梁凤荣
424	山东民主政权人权保障立法及司法制度概论	黎 明
436	新中国检察制度曲折发展的史实考论	张培田

综 论

455	中国判决理由的历史考察	胡 桥
480	姓氏文化与古代法律	阎晓君
494	古代判例考略	张伯元
509	杀人禁律起源考	白广勇
521	“亲亲相容隐” ——法律与人性的冲突与选择	李 蕊
531	认真地对待香港经验 ——《中法西用：中国传统法律及习惯在香港》读后	黄 震
539	杨鹤皋先生及其对法律思想史学科的贡献 ——《中国古代法律思想史论——杨鹤皋先生七十五 华诞暨从教五十周年志庆》序	范忠信
548	三部即将出版的法律文献整理成果	周兴泉 许文峰 卞学琪
552	后记	编 者

传统法律文化研究

也论 20 世纪初中国法学的转型

王立民

中国传统法学向近代法学的转型时期在清末，即 20 世纪初。在这一时期中，清政府推行“新政”，进行了一系列的改革，其中包括法制的改革。法制改革需要有新的法学为先导与支持，中国近代法学因此而有了发展契机。同时，西方法学的东渐和中西法学的碰撞、交流，又加快了我国近代法学的成长。中国的法学从此转向一条新的航道。

—

20 世纪初，中国法学始从传统向近代转型。这一转型是通过引进和消化外国近代法学特别是近代西方法学而实现的。为了实现这一转型，中国作了不少准备工作，总归起来主要是以下这些方面：

（一）翻译外国近代的法律和法学著作

从近代外国的法律和法学著作中吸取外国近代法学是实现中国法学转型的一条重要途径。中国的一些有识之士为此作了许多努力。中国早在 19 世纪 60 年代便成立了京师同文馆，以后就开始翻译一些外国的法律和法学著作，《公法会通》、《公法便览》和《公法千章》等都是这个时候的产物。^①可是，这时翻译的著作范围较小，主要集中在

^① 参见张晋藩《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社 1997 年版，第 359 页。

在国际公法领域，而且影响也不大，没有引起中国法制的大规模改革。

20世纪初，中国进行了大规模、有步骤地翻译外国法律和法学著作的工作，并为中国法学的转型创造积极条件。那时，所翻译的这类著作在种类、范围和数量上都前所未有的。这一工作由修订法律馆来完成。它自光绪三十年（1904年）四月开馆，至宣统元年（1909年）止。沈家本和伍廷芳为负责人。在这短短的几年中，此馆就翻译了十几个国家的几十种法律和法学著作，成绩斐然。

光绪三十一年（1905年）三月，沈家本曾对修订法律馆开馆近一年来所翻译的外国法律和法学著作作了一次统计，已译的法律和法学著作已达10余本，涉及德国、日本和法国等一些国家，包括刑法、诉讼法、裁判所构成法和监狱法等一些部门法及刑法义解等法学著作。其中有：德国的刑法和裁判法；俄国的刑法；日本的现行刑法、改正刑法、陆军刑法、海军刑法、刑事诉讼法、监狱法、裁判所构成法、刑法义解；法国的刑法，等等。两年后，即光绪三十三年（1907年），沈家本再一次对所翻译的外国法律和法学著作进行了统计，包括上一次统计的在内，译完的已达20余种，还包括了荷兰、意大利等国的法律、法学著作。其中，有荷兰刑法、意大利刑法、德国刑法、德国民事诉讼法、法国印刷律、日本裁判所编制立法论等等。另外，还有10种已译但没完成，它们涉及的国家更广泛，包括比利时、美国、瑞士、芬兰等一些国家的法律、法学著作。其中，有比利时的刑法论、监狱法、刑法，美国的刑法、刑事诉讼法，瑞士的刑法和芬兰刑法，等等。宣统元年正月，沈家本又一次对光绪三十三年十一月以来翻译的外国法律和法学著作作了一次统计，其涉及的国家种类更多。其中，出现新增加的国家有奥地利、西班牙、英国、葡萄牙、罗马尼亚等，涉及新的种类包括民法、商法、海商法、国籍法、公司法、裁判官惩戒法等等。它们是：奥地利的民法、国籍法；西班牙的国籍法；英国的国籍法、公司法论；葡萄牙的国籍法；罗马尼亚的国籍法；日本的民法、商法、民事诉讼法论纲、刑事诉讼法论、票据法；德国的海商法、改正民事诉讼法、裁判官惩戒法、文官试验法；