

“十一五”国家重点图书出版规划
教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目资助

法

中国传统法律文化研究

..... 总主编 曾宪义

冲突与转型： 近现代中国的法律变革

• 主编 夏锦文



 中国人民大学出版社

中国政法大学图书馆藏
政法类图书阅览室



中国政法大学图书馆藏

—— 法律类 法学类 ——

冲突与转型： 近现代中国的法律变革

—— 法律类 法学类 ——



中国政法大学图书馆藏

“十一五”国家重点图书出版规划
教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目资助

法

中国传统法律文化研究

..... 总主编 曾宪义

冲突与转型： 近现代中国的法律变革

• 主 编 夏锦文

撰 稿 人 (以撰写章节先后为序)

夏锦文 董长春 韩德明

孙文恺 王 敏 眭鸿明

汤 尧 刘 俊 桂万先

程德文 韩秀桃 陈小洁

中国人民大学出版社

• 北京 •

图书在版编目 (CIP) 数据

冲突与转型：近现代中国的法律变革/夏锦文主编. —北京：中国人民大学出版社，2011. 12
(中国传统法律文化研究)
ISBN 978-7-300-15007-9

I. ①冲… II. ①夏… III. ①法律-思想史-研究-中国-近现代 IV. ①D909. 25

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 273701 号

“十一五”国家重点图书出版规划

教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目资助

中国传统法律文化研究

总主编 曾宪义

冲突与转型：近现代中国的法律变革

主 编 夏锦文

Chongtu yu Zhuanxing: Jinxiandai Zhongguo de Falü Biange

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 涿州星河印刷有限公司

规 格 185 mm×240 mm 16 开本

版 次 2012 年 1 月第 1 版

印 张 54 插页 1

印 次 2012 年 1 月第 1 次印刷

字 数 1 080 000

定 价 148.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

目 录

引 言	1
-----------	---

第一编 冲突与回应

第一章 西学东渐：中西方法律冲突的背景及过程	15
第一节 天朝由盛转衰	15
第二节 西方的崛起	27
第三节 资本的扩张与掠夺：西学东渐的原因	35
第四节 文化的传播与渗透：西学东渐的过程	41
第二章 西方法律文化的冲击与传统中国法的命运	52
第一节 西方法律文化的渗透	52
第二节 领事裁判权与华洋诉讼：西方法律制度的强制介入	77
第三节 传统中国法的命运	84
第三章 冲突中的法文化抉择	89
第一节 魏源到康有为：思想家的情结	89
第二节 太平天国：法律的乌托邦	98
第三节 洋务运动：物质文明的困惑	110
第四节 戊戌维新：变法的尝试及局限性	118
第五节 师夷变法：中国的抉择	127

第二编 法律体系：在冲突中构建

第四章	走向宪政之路：以“预备立宪”为开端	139
第一节	仿行宪政的道路	139
第二节	民主共和的早期实践	155
第三节	宪政与专制的博弈	168
第四节	形式化宪政的确立	190
第五章	从官制改革到行政法制的形成	199
第一节	从洋务内阁到《行政纲目》——行政权初立	199
第二节	《临时政府组织大纲》——依法行政的初步要求	218
第三节	依法行政的艰难跋涉	230
第四节	《中华民国国民政府组织法》——南京国民政府 依法行政的形式化要求	241
第六章	刑法的变革和发展	253
第一节	近现代刑法的变革进程	253
第二节	法律文化冲突对刑法转型的影响	262
第三节	刑法发展中的价值变迁	274
第四节	刑法形式的发展	297
第五节	特别法：近现代刑法发展中的毒瘤	320
第七章	民法的形成与演进	334
第一节	从《大清民律草案》到《中华民国民法》	334
第二节	中国近现代民法对域外法律的移植	342
第三节	中国近现代民法对传统法文化的固守	349
第四节	传统民法与继受民法的冲突与整合	358
第八章	交易的自由：商事法律的确立	376
第一节	从《大清商律草案》到《民国商事规则》	376
第二节	中国近现代商事法律的继受	384
第三节	中国近现代商事法律对传统的固守	392
第四节	商事法律的本土化问题	396

第九章 程序的意义：诉讼法制的转型	402
第一节 从《大清刑事民事诉讼法》到中华民国诉讼法	402
第二节 中国近现代诉讼法律的继受	417
第三节 中国近现代诉讼法律对传统的固守	433
第四节 中国诉讼法制转型的问题与价值	444

第三编 司法制度：在冲突中转型

第十章 近现代中国司法制度的构造	463
第一节 领事裁判权下的中西司法制度的冲突	463
第二节 清末官制改革中的司法机构架设	478
第三节 近现代中国司法制度的发展	497
第四节 司法制度构造中的冲突与融合	511

第十一章 法院的创设及运作	523
第一节 从大理院到法院——近现代审判机构的变迁	523
第二节 审判组织管理的法制化	534
第三节 审判制度的移植	544

第十二章 检察权的分立和行使	561
第一节 近现代检察机构的出现及其发展	561
第二节 近现代检察权能的构造	585
第三节 近现代检察权行使的方式	592
第四节 检察机关对近现代司法制度发展的意义	600

第十三章 律师制度的形成与发展	608
第一节 从讼师到律师	608
第二节 近现代律师制度的发展阶段	616
第三节 近现代律师制度的内容变迁	628
第四节 近现代律师制度的意义	640

第十四章 监狱制度的变革	646
第一节 新式监狱——近现代监狱制度的建立	646
第二节 近现代监狱制度的内容	663
第三节 近现代监狱制度的意义	674

第四编 法律观念：在冲突中变革

第十五章 从君主专制到民主共和	683
第一节 君主专制的没落	683
第二节 民主共和思想的初兴	690
第三节 民主共和的制度实践	699
第四节 民主共和制度的历史局限	705
第十六章 从家族本位到社会本位	709
第一节 家族主义法律观的形成	710
第二节 家族主义与近代社会的冲突	726
第三节 家族本位立法观与社会本位立法观的抉择	734
第四节 社会本位法律观的确立	742
第十七章 权利意识的觉醒	754
第一节 中国古代权利结构及权利观	755
第二节 近代西方权利观的输入与中国传统权利观的冲突	768
第三节 权利观念在近现代中国的觉醒	785
第十八章 权力制约理念的兴起	794
第一节 重新认识权力	794
第二节 近现代中国权力制约的理论主张	805
第三节 近现代中国权力制约的实践	809
第四节 近现代权力制约理论检视	814
第十九章 司法独立思想的确立	821
第一节 司法独立：近代鼓吹	821
第二节 司法独立：实践路径	831
第三节 司法独立：发展阶段与障碍分析	842
第四节 司法独立：启示与评价	850
后 记	857

引 言

近现代中国的法律变革带给我们无尽的深沉省思。近现代中国处于一个令人不堪回首的艰难时代，中国内部的衰败和外来帝国主义的羞辱性掠夺，如同一对孪生恶魔，给社会带来了深重的灾难。为了制服这对恶魔，在扑面而来的欧风美雨中，在华夏帝国的落日余晖下，中国的仁人志士都投袂而起。百年来一代最优秀的中华儿女集结在民族主义和国家主义的旗帜下，为了沉睡的万里神州之觉醒，为了古老的文明国家之崛起，为了悠久的中华民族之复兴，毅然地踏上了变革的漫漫征程。无数怀有爱国之心的同胞以自己的青春、热血和生命，表明了中国人民在革故鼎新中进军现代化的坚强意志和决心。而近现代中国的法律变革作为这场征程中的一个重要战地，是中国人在本国的历史条件下所展开的一场历史性运动。探寻一个具有中国特色的法律发展道路，是近现代中国的百年之梦。一大批思想家、改革家、法律人在中华民族危机的时刻，把法律变革与救亡图存联系在一起，冲破了传统旧律的束缚，设计出法律变革的种种方案，谱写了中国近现代法律变革的巨幅鸿篇。今天我们仍在继续着前人所未完成的事业。摆在我们面前，需要我们设计并探索的当代中国法律发展道路，应当立足于历史与现实，对近现代中国法律变革与发展的经验进行历史性的解读，这样才能把握未来法律前进的方向，进而推动法律的发展、社会的变迁、人类的进步。

一、法律变革：在传统与现代的交接点上

从一个极其遥远而不能确知的年代开始，中华民族就走上了不断积累、不断融合的发展繁荣之路，其间经历了惨不忍睹的周期性社会大动乱和生命大浩劫，穿越了漫长曲折、波澜壮阔、循环往复的生死考验，最终成功缔造了幅员辽阔、山河锦绣、人文底蕴深厚的神州大地，培育了源远流长、璀璨辉煌、坚韧持久的华夏文明，练就了自强不息、崇伦敬

德、隆礼重法的民族品性。^①与此同时,伟大的中华民族在几千年的漫长岁月中积淀了光辉灿烂的法律文明,创立了独具特色的法律体系,形成了绵延不断、特色鲜明、异彩纷呈的法律传统,以卓尔不群、独树一帜而巍然屹立于世界文明之林。博大精深、影响深远的中华法系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律文明的前列。它不仅因其作为人类早期法制文明的代表所独具的典型性与示范性,同古埃及法律文明、古印度法律文明、古巴比伦法律文明并驾齐驱,更因其清晰完整的历史沿革、丰富深邃的文化内涵、紧密相承的内在联系、浩如烟海的文献典籍、个性鲜明的民族特色,以及经久不衰、从未中断的发展韧性和生命力,同世界上著名的英美法系、大陆法系、伊斯兰法系、印度法系等并列为世界五大法系。尤为令人赞叹的是,在中华法制文明的长期发展历程中,虽然发生过频繁的王朝更替,却持续不断,一脉相承,表现出明显的内在发展的联系性和历史的因袭性。^②只是我们需要注意,这种发展联系性和历史因袭性并不能淹没法律发展过程中的变革性。无论是中国历史上的大型变法活动,如商鞅变法、王安石变法、清末变法修律,还是数次量变型的局部改革,如春秋时期齐国管仲首倡改革并“修旧法”、西汉“缙紫上书”引发的文景二帝刑制改革,还是历代立法无不以前朝法典为鉴进行纵向比较与传承,在体系和内容上袭旧又创新,不断调整律典结构和立法重点,都毋庸置疑地说明,在中国法律发展史上,“变”是一个永恒的旋律。几千年来,中华法律文明正是在周而复始的变革中不断得以进步和发展。

然而,中国古代史上任何一次改制与变法,其规模、力度和影响力都远远不能与中国近代史上自清末修律以来的法律变革相提并论。中国近代这场著名的法律变革作为当时中国社会转型的一个不可或缺的组成部分,是伴随着中国社会内部政治、经济、文化等条件的剧烈变化而同步发生的。^③清朝末年,中华帝国已经暮色四起,徒有虚名的天朝盛世、混乱失序的传统社会、日趋尖锐的种种矛盾、连绵不断的人民起义、陈旧腐化的政府、保守侈靡的官员、无力打仗的军队、墨守成规的制度体系、僵化教条的治国思想、庞大而流动的失业人口,合成了一幅天朝崩塌前夕的衰败图景。可惜可叹的是,图景中的君主始终陶醉在昔日盛世的辉煌中,不曾改变其顽固的自我满足、目空一切的传统观念,对西方文明在历经文艺复

① 长久以来,古代中国的历史与文化就引起了西方人的广泛兴趣和赞赏,曾经在元帝国生活了17年的意大利著名旅行家马可·波罗,在其所著《马可波罗行记》(冯承钧译,上海,上海书店出版社,1999)中生动地描绘了他在中国的见闻,盛赞中国的富庶和先进,向16世纪中叶的欧洲人提供了当时中国文明最为全面可靠的资料;号称“欧洲孔夫子”的法国启蒙思想家伏尔泰对中国文明的优美与进步尤为关注和褒扬,他把中华民族视为世界上最明智、最开化的文明民族,赋予中国古代文明在世界历史进程中的特殊地位,甚至认为世界史始于中国史。参见[法]伏尔泰:《风俗论》,上册,梁守锵译,北京,商务印书馆,1995;时至今日,美国经济学家在论及“来自东方的挑战”问题时提醒世人注意:“我们潜在的对手来自一个与我们如此不同的世界,他们的历史之根如此深邃,如此古老,以至于忽视它们今天取得如此巨大成就的原因,实在是太愚蠢了。”[美]霍夫亨兹、柯德尔:《东亚之锋》,19页,南京,江苏人民出版社,1995。

② 正如伏尔泰认为,中国文明有着悠久深远、绵延不断的历史渊源,“这个国家已有4000多年光辉灿烂的历史,其法律、风尚、语言乃至服饰都一直没有明显变化”。参见[法]伏尔泰:《风俗论》,上册,梁守锵译,207页,北京,商务印书馆,1995。

③ 有关社会变迁与法律变革的详细论述,参见夏锦文:《社会变迁与法律发展》,南京,南京师范大学出版社,1997;夏锦文:《社会变迁与中国司法变革:从传统走向现代》,载《法学评论》,2003(1);夏锦文:《实证与价值:中国诉讼法制的传统及其变革》,载《法制与社会发展》,1997(6)。

兴、宗教改革及工业革命后的飞速发展浑然不觉。直到西欧诸国以雷霆万钧之势东来，在鸦片战争的烽火硝烟中强行打破了闭关自守的清帝国的大门，几千年来全国上下的“华夏中心”观念方被彻底打破。近代之中国，变乱纷呈、险象环生、内忧外患、危机四伏。而王朝的兴衰、政权的更迭、社会的转型，是一个现代化的过程，它必然带来相应的法律变革。从第一批“睁眼看世界”倡导者的改制更法，到农民阶级的法律乌托邦；从洋务派的固守传统、稍变成法，到清政府的仿行宪政、师夷西法；从维新派的变法强国、君主立宪，到民主派的建立共和，实行法治……可以看出法律变革始终是近代中国社会变迁的一项核心内容。轰轰烈烈的中国近代法律变革历经清末（1902年至1911年）、南京临时政府（1911年10月至1912年9月）、北洋政府（1912年9月至1927年4月）、南京国民政府（1927年5月至1949年10月）四个阶段，最终在不到半个世纪的时间内形成了一个新的近代化的法律体系——六法体系。正是在法律变革中，中国的法律思想、法律制度、法律文化由传统逐步走向了现代。

当传统与现代这一对概念同时出现在我们的视野时，人们往往习惯性地将其视为简单的对立关系。^①然而，使用传统和现代这种界限似乎明晰的词汇，并不意味着传统与现代之间存在着一个令人一目了然的分水岭，只能说明语言本身的乏力与局限。使用“传统”这个词是为了与“现代”相对接，因为任何法律文明的发展都是由低到高，从传统走向现代。历史学家克罗齐认为，“一切历史都是当代史”^②，在传统中蕴藏着现代的因素，在现代里又可见到传统的影子。现代正是从传统中蜕变而来，传统与现代是一个天然的连续体，在传统与现代之间不可能存在空白。法律变革作为一个从传统法律向现代法律转变的历史进程，正处于两者的交接点上。它是一个动态的概念，是一个过程，一种连续和变革；它是一个内涵丰富、具有多样规定性的范畴，是形式合理性和价值合理性的有机结合；它是时代的要求，法制发展的必然，是世界各国法制发展的必经之路，具有普遍的世界意义；它是在传统的基础上，通过对传统的不断扬弃而进行的对法律文化体系的创新，是法律传统在现代社会的存活和延续；它既与法律文化的历史及传统前后相因，又与现当代法律文化的发展及未来密不可分；它既牵动着法律文化的传承与创新，更关乎着整个社会的发展与变迁，任何有关对法律、对社会、对人类的认识几乎都不能脱离对法律变革的探索，包括法学、历史学、文化学、社会学、政治学、经济学、伦理学、心理学、哲学在内的诸多人文社会科学领域也不能回避对法律变革的研究。正因如此，关注法律变革的重大课题日益增多，一切有关法律变革的富有说明力的学说和极具震撼力的实践可谓涵盖了整个人类社会，累积成了一个宏大广袤和精微深奥的知识领域，使法律变革成为一个最具有研究意义的关键词。

事实上，自20世纪80年代中期以来，“法律变革”、“社会变迁”、“法制现代化”接连成为学术界的热点话题，丰富多彩的学说和成果相继推出，涉及理论法学、法律史学、比较法

① 当有关法律变革与法制现代化的研究热潮来临时，西方学者曾经把现代化理论简单地应用于对法律发展的研究，制造了“传统—现代”的两分法，借以概括不同类型的法律。马克斯·韦伯甚至建构了“传统—现代”这种两极对立、互相排斥的社会形态转换图式。这就造成了传统与现代在界限上的模糊性，含有某种独断论的因素，并且与“西方中心主义”内在相联。

② [意] 克罗齐：《历史学的理论与实际》，博任敢译，2页，北京，商务印书馆，1982。

学、法律实践等诸多法律研究领域。^①学者们的视野遍及五洲，他们的思维跨越古今。无数学者的智慧、热情、著述和经验在向我们诉说，中国近代法律变革是中国法律由传统走向现代化的重要历史进程，这个进程迂回曲折，跌宕起伏，崎岖坎坷，浓缩了人类可能经历的种种悲喜，充满了战争、屈辱、动荡、挑战，承载了革命、变迁、建设和机遇，汇集了矛盾与斗争、前进与倒退、守旧与创新、传统与外化、对立与调和，是一条布满荆棘、充满艰辛、与众不同的道路。它不是某个权威的设计，也不是来自于政治权力的强制，更不是人力的决策，而是符合社会发展进步要求的历史性运动，历史本身的抉择在这一进程中显示了顽强的力量。百年来争取现代法制文明的法律变革史，实际蕴涵了中国法律和中国社会向何处去的艰难抉择，反映了历史发展规律的不可违抗性，给后世留下了极其珍贵的历史启示和极具现实借鉴意义的经验教训。中国近代法律变革惊涛骇浪般的历史给予我们的深刻启迪，会使我们在认真回顾和检视法律变革的原因、成就、发展趋势中，领悟历史发展的必然，从而把握中国法制现代化进程的规律性；在反思和总结这个血与火的年代生成的各种经验教训中，探寻通往自由王国的路径，增强建设社会主义法制国家的主动性和预见性，增添前进的动力与信心；在感受和体验传统与创新的复杂斗争中，设计理想的现代法治大厦，使 21 世纪的中国法律事业更为发达与先进。而所有这些回顾、检视、反思、总结的工作，正是我们当代法律职业者义不容辞的历史使命。

二、近现代中国法律变革的模式分析

对近现代中国法律变革的回顾与反思，应当以分析其模式为出发点和立足点。^②众所周知，法律变革是一个世界性的普遍现象，但同时又存在着发展的多样化模式。不同国家的经济、政治和文化发展水平的不一致，国家形态和政治体制方面的差异以及特定的历史发展、地理环境、自然条件、人口状况等等不同，各国的法律变革也参差不齐，从而使世界法律变革的历史进程呈现出丰富多彩的特点。况且，一定社会、地区或国度的法律发展，总有自身特定的价值系统；它们随着文化的传播与相互影响，又形成反映某些国度共同生产条件的法律发展类型。若干不同的法律发展类型往往逐渐演进为具有不同历史特点和不同变革道路的模式。^③研究这种多样化的模式是法律变革理论研究中富有意义的课题之一。只有在模式分析的基础上，我们才能理解法律变革的历史运动为什么会产生那些利弊得失，也才能揭示制约中国近现代法律变革进程的特殊规律，并从中加深对支配法律变革历史运动、推进当代法律发展的一般规律的把握。因此，研讨近现代中国法律变革的模式，对法律变革的进程进行描述和总结，其最大的意义就在于对法律变革道路的论证，不仅仅使法律变革的历史变得清晰，而且给后来者提供了借鉴。

① 我们认为，“法律变革”、“社会变迁”、“法制现代化”等关键词之间存在着紧密的联系，其研究课题和认知领域往往是相关、交叉甚至重合的。对其中任一语词的研究，实质上就牵连着重对其他语词的研究。综合相关研究成果，学者们大多从理论法学（法律变革研究的理论和方法）、法律史学（近代中国法律变革的历史进程）、比较法学（中西方法律文化比较研究、法律移植问题）、法律实践（部门法律变革、司法改革、近现代法学教育）等各个角度对上述语词作了见解深刻、富有创新的研究。

② 需要指出，正如上注所提到的“法律变革”、“法制现代化”等关键词的研究课题和认知领域往往是相关、交叉甚至重合的。因此，对法律变革模式的研究，实质上可归为对法制现代化模式的研究。

③ 参见公丕祥：《邓小平的法制思想与中国法制现代化》，载《中国法学》，1995（1）。

对于世界各国法律变革模式的确定原则、划分类型及建构方法等关键问题,国内外学者给出了精彩纷呈的回应。^① 这些富有见地的论述,为我们分析法律变革的模式问题提供了极佳的思想资源。在上述立论的基础上,我们认为,以法律变革的动力来源作为划分法律变革模式的依据或标准,能够更好地认识法律变革的发生和实质,以及在法律文明成长发展中的重要意义,能使我们充分透视法律变革不同模式之间的深层差异性和内在文化底蕴。^② 根据这一标准,我们将法律变革的模式分为三类:一是内发型,二是外发型,三是混合型。内发型法律变革是指一个国家或社会的法律因内部诸条件的成熟而从传统走向现代的历史性跃进过程。这种法律变革模式以英国、法国等西欧国家和美国为典型。外发型法律变革则是因一个较先进的法律系统对较落后的法律系统冲击而导致的进步转型。日本、俄国和印度等国的法律变革是这种模式的代表。混合型法律变革是指因各种内外部因素互动作用的合力所推动的一国法制走向现代化的变革过程。中国以及韩国、新加坡等东亚诸国的法律变革可归入此类模式。^③ 这三种模式既有共同点,也有差异性,它们构成了世界范围内法律变革运动的色彩斑斓的生动场景。

长期以来,学术界尤其是西方学术界用“冲击—回应”模式来解释中国社会变迁的性质,认为西方的入侵是19世纪中期开始的中国社会变革的主要动因。按此推论,西方法律文化在中国的传播和渗透似乎也成为中国法律变革的主要推动力量,中国法律变革的模式类型也当然是外发型的。这是“西方中心论”的典型表现。诚然,从总体上看,中国社会法律变革的起步方式属于外发型范畴,但诚如公丕祥所指出的:“这绝不能截然排却中国社会内部诸多因素矛盾运动对于中国社会法律变革进程的决定性影响。实际上,中国法律变革正是内部因素和外来影响相互作用的历史产物。离开了这一点,我们就无法科学地揭示中国法律变革的历史运动规律。”^④ 因此,一方面,从现代化的启动方式来看,混合型法律变革是具有外发型条件的变革,西方法律文化的冲击和影响是激发和推动法律变革进程的重要动因。近现代中国法律变革的过程,就是西方法律文化向中国传统法律文化全方位、多层次地冲击和渗透的过程。在19世纪中期到20世纪中叶的一百年间,从政体形态到司法体制,从法律原则到法律规范体系,从法律编纂到法律实施,中国法制的每一步进展,几乎都在不同程度上反映了西方法律文化的冲击和影响。西方列强在华领事裁判权的确立更深刻地反映了西方司法文化对中国司法制度的直接对抗,是破坏中国司法独立、侵犯中国司法主权的表现。而正是收回领事裁判权的努力,成为从清末到国民党政府的几十年间中国法律变革乃至现代化的

① 如西方学者巴林顿·摩尔在1996年出版的《民主和专制的社会起源》这部著作中考察了英国、美国、法国、中国、日本和印度的政治发展道路,提出政治变革的三种模式;亨廷顿在1968年出版的《变动社会的政治秩序》、1975年与纳尔逊合写的《难以抉择:发展中国家的政治参与》一书中,先后提出了政治发展的三种模式(欧洲大陆模式、英国模式和美国模式)和五种模式(自由模式、资产阶级模式、独裁模式、专家政治模式、人民主义模式),参见钱乘旦、陈意新:《走向现代国家之路》,66、67页,成都,四川人民出版社,1987;我国学者则根据起源的不同,把法律变革的多样化道路大致概括成内源的法律变革和外源的法律变革。如罗荣渠:《现代化新论》,123页,北京,北京大学出版社,1993;吕世伦、姚建宗:《略论法制现代化的概念、模式和类型》,载南京师范大学法制现代化研究中心编:《法制现代化研究》,第1卷,13页,南京,南京师范大学出版社,1995。

② 法律变革各种模式的生成,源自于各国社会历史条件和法律文明背景的差异性。

③ 详细论述参见夏锦文:《论法制现代化的多样化模式》,载《法学研究》,1997(6)。

④ 公丕祥主编:《中国法制现代化的进程》,上卷,381页,北京,中国人民公安大学出版社,1991。

重要动因之一。^① 领事裁判权体现着外力推进法律变革的典型方式，具有内在扩张力，对中国法律变革的启动发挥了重要的推动作用。正如罗兹曼所说：“对于摇摇欲坠而又在推行重大改革方面犹豫不决的清王朝来说，外来冲击的政治后果毫无疑问是灾难性的。但外来冲击又把现代化的榜样摆到了中国人的面前，给中国人为现代化奋斗提供了长期性的推动力，终于在二十世纪初导致了翻天覆地的十年，把以往向外界学到的许多东西付诸实施。”^② 总之，“必须明白，中国的变革和现代化肇端于十九世纪西方列强四处扩张以建立西方为中心的世界秩序这样一个背景”^③。西方法律文化的冲击对中国法律的变革起到了直接的催化作用，这一冲击释放了原本难以察觉的各种矛盾因素，使中国法制经历了解放而又压迫、毁灭而又创新、得益而又付出代价的百年历程，使传统法律走上了变革之路。

从法律变革的深层动力机制来看，混合型法律变革又是具有内发型基础的变革，社会内部存在着的处于变化状态中的经济、政治基础和条件是推动法律变革进程的主要动力根源，就中国的历史来说，西方法律文化的冲击只不过是法律变革整个内外部综合动力体系中的一个组成部分，而中国社会内部不断发展着的经济基础和政治条件的综合作用，则形成了推进中国法律变革的内在能量和动力。在这里，美国学者柯文针对“西方中心论”思想所提出的“中国中心观”理论是富有见地的。他认为：“若干塑造历史的极为重要的力量一直在发挥作用：前所未有的人口压力的增长与疆域的扩大，农村经济的商业化，社会各阶层在政治上遭受的挫折日增等。呈现在我们眼前的并不是一个踏步不前、‘惰性十足’的‘传统’秩序，主要或只可能从无力与西方抗争的角度予以描述，而是一种活生生的历史情势，一种充满问题与紧张状态的局面，对这种局面，无数的中国人正力图用无数方法加以解决。就在此时西方登场了……尽管中国的情境日益受到西方影响，这个社会的内在历史自始至终依然是中国的。”^④ 也就是说，应当以中国自身因素为出发点来探索中国社会法律变革的内在动力。从经济基础看，明末清初出现的商品经济萌芽，到十九世纪初已有很大发展。^⑤ 近现代中国商品经济的发展，势必要求有一定的法律制度与之相适应，从而对中国法律变革的进程产生决定性的影响。从政治条件看，在近现代中国，伴随着社会经济结构和经济关系的变化，政治结构也出现了前所未有的新的变革。“当中国与世界的变化日益结为一体，并日益卷进造成这些变化的机制之中时，中国政治的构架和特性就发生了深刻而不可逆转的变迁。”^⑥ 新政、仿行宪政、社会民主制、君主立宪制等政体形式相继涌现，从而激

① 诚如沈家本所言：“夫西国首重法权，随一国之疆域为界限，中国之人侨寓乙国，即受乙国之裁判，乃独于中国不受裁判，转予我以不仁之名，此亟当幡然变计者也。方今改订商约，英、美、日、葡四国，均允中国修订法律，首先收回治外法权，实变法自强之枢纽。臣等奉命考订法律，恭译谕旨，原以墨守旧章，授外人以口实，不如酌加甄采，可默收长驾远驭之效。”参见沈家本：《寄簪文存》卷一，《删除律例内重法折》。

② [美] G. 罗兹曼：《中国的现代化》，271 页，南京，江苏人民出版社，1988。

③ [美] R. 沃拉：《中国：前现代化的阵痛》，1 页，沈阳，辽宁人民出版社，1989。

④ [美] P. A. 柯文：《在中国发现历史》，173 页，北京，中华书局，1989。

⑤ 正如罗兹曼所主张的：“尽管尚处于前现代阶段，中国的生产和交换方式却又具有诸多的现代因素，如货币的广泛使用，鼓励生产及商业组织者们进行合理性选择的那些久经并被普遍接受的法律行为和制度，为尽可能减少风险和不利而广泛使用契约，为进出方便、卖主和买客众多以及商品规格区别很小为特点的具有高度竞争性的市场等等。”[美] G. 罗兹曼：《中国的现代化》，139 页，南京，江苏人民出版社，1988。

⑥ [美] G. 罗兹曼：《中国的现代化》，275 页，南京，江苏人民出版社，1988。

发了人们对现代民主政体的向往^①，为中国近现代的法律变革提供了条件。总之，当十九世纪西方法律文化传入中国时，尽管中国社会内部尚不完全具备实现法律变革的全部条件，但是法律变革的基础已经开始确立。而西方法律文化的冲击，则是使中国社会的法律变革获得了加速度。

中国近现代法律变革的混合型模式告诉我们：法律变革的后来者绝不能通过刻意模仿而实现自己的目标，它必须以法律变革的基本原则结合本民族的特点进行新的创造，从而以自己独具特色的发展样式汇入世界法律发展的进程。近现代中国的法律变革是中国人在本国的历史条件下所进行的一场历史性运动，有其独特的发展道路。即使在进入所谓的“地球村”时代以后，世界变得更加相互依赖，法律发展中的共同性日益增多，但是世界法律变革与发展的进程并不由此变得呆板划一，而是更加多样化了。中国法律发展的特殊性，恰恰显示了中国法律变革的世界性意义。^②

三、近现代中国法律变革的特点

作为混合型法律变革模式的代表，中国近现代法律变革是由各种内外部因素互动作用的合力所推动的法律转型过程。从启动方式来看，西方法律文化的冲击和影响是激发和推动中国近现代法律变革进程的重要动因。在冲突和变革中，绵延几千年的中华法系逐渐瓦解，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，与此相应的法律观念、法律原则也开始走入人心。表现在形式上，历经晚清政府、中华民国南京临时政府、北洋政府、南京国民政府对法律变革的持续推动和不懈努力，以“六法全书”为成果的中国近代法律体系最终形成。然而，我们同时也看到，在立法成果的背后，法律实施的效果却不尽如人意，很多费尽周折新建的法律制度并没有真正实施，预期效果更是成为海市蜃楼。形式与精神、躯壳与灵魂、立法与司法、效力与实效的深刻矛盾和二律背反，成为近现代中国法律变革的重要特征，引人关注，发人深思。而这种现象和特征归因何处，成为学术界研讨的热点。

通常认为，近现代中国法律变革之路是在“学习西方”的指导思想之下，凭借法律移植这一手段不断前行的。^③“中国法律近代化，就其内容而言，是通过法律移植，摒弃传统的法律理论和法律体系，而吸收西方法律原则，仿效西方法律制度，进而建立一个以西方近代法律学说为内核，以西方近代法律制度为框架的法律体系。”^④将法律移植作为中国近现代法律

① 洛克伍德认为，“相比之下，在亚洲的所有民族中，唯有中国为现代世界带来了平等主义的传统、个人自由和社会地位流动性的传统、私人财产可以自由买卖的传统、世俗的实用主义和物质主义的传统、以造反权利为后盾的人道政治理想的传统，以及以学问作为获得官职的关键的传统”。[美]威廉·W·洛克伍德：《日本对西方的反映：与中国比较》，40页，载《世界政治》，1956（9）。

② 参见夏锦文：《论法制现代化的多样化模式》，载《法学研究》，1997（6）。

③ 法律移植简单而言就是指一个国家或区域的法律被移植到另一个国家或区域。“法律移植，通常被认为是特定国家（或地区）的某种法律规则或制度被移植到其他国家（或地区）。”（沈宗灵：《论法律移植与比较法学》，载《外国法译评》，1995（1）。）“法律移植，是指一个国家或地区，将其他国家或地区的法律（体系或内容或形式或理论）吸纳到自己的法律体系之中，并予以贯彻实施的活动。”（何勤华：《关于法律移植的几个基本问题》，载《法的移植与法的本土化》，537页，北京，法律出版社，2001。）

④ 张德美：《探索与抉择——晚清法律移植研究》，7页，朱勇“序”，北京，清华大学出版社，2003。

变革的一条基本途径,并不是某种权威力量的控制,也不是人为的决策,而是在当时特定的社会背景和历史条件下,能够得到合理解释的一种历史性抉择。一方面,开启中国法律变革之门的清末变法修律活动,是清政府在极端被动的情形下,以收回领事裁判权从而维持统治为契机和动力,不得已而实施的,这使近现代中国的法律变革从一开始就深受西方的影响。^①其后的中华民国北京政府、北洋政府、中华民国南京国民政府也秉承了快速移植西律的手法,以维持当朝政府的统治为当务之急,以本国法律与西方法律趋向一致为目的。另一方面,自清末变法修律以来,西风东渐,西方发达国家崭新的法律观念和法律制度对正处于急切变法更张、救亡图存、振兴中华的热忱之中的爱国进步人士有着莫大的吸引力,包括沈家本、孙中山在内的大批思想家、改革家力图从西方法律文化中找寻乱世救国的力量。因此,近现代中国的法律变革不是中国法律的自行转变,而是在稳固统治或民族自救的动机下,以法律的西化为目的。伯尔曼曾就法律革命说过:“法律中大规模的突然变化,即革命性变化,实际上是‘不自然的’。”^② 总体而言,近现代中国的法律变革是“不自然的”。

这样,在急切的功利心驱使之下,西方的法律制度被长时间、大规模地移植到了中国。诚然,法律是可以移植的,而且从人类法律发展史来看,法律移植现象古已有之。^③ 在美国学者埃尔曼看来,“法律制度自一种文化向另一种文化的移植是常有的事情。当改革是由于物质或观念的需要以及本土文化对新的形式不能提供有效对策或仅能提供不充分的手段的时候,这种移花接木就可以取得完全或部分的成功”^④。可是,我们应该清醒地认识到,法律制度有其特定的生成环境,它是一个国家和社会法律文明和民族精神的内在逻辑。因此法律移植是一个非常复杂的系统工程,它无法忽略传统的强大力量,“一个社会无论其发展变化是多么迅速,它总是无法摆脱与过去的纽带关系,也不可能与过去的历史完全断裂”^⑤。传统是不能也不应当割断的^⑥,它的坚韧、长久使法律移植无法回避继受国的传统与移植法之间可能出现的冲突问题。孟德斯鸠从文化相对主义的立场分析了法律移植的难题:“为某一国人民而制定的法律,应该非常适合于该国人民的,所以,如果一个国家的法律竟能适合于另外一个国家的话,那只是非常凑巧的事。”^⑦ 人为地把不同国家的法律文化特别是法律意识、法

① 领事裁判权作为推进中国法制现代化的外部动力,在中国近现代法律变革中发挥了巨大的作用。详细论述参见夏锦文:《中国诉讼法制现代化的动力机制(1840—1949)》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学版),1994(4)。

② [美] H. G. 伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译,19页,北京,中国大百科全书出版社,1993。

③ 早在古罗马国家的形成初期,土利乌斯就在改革中采纳了雅典城邦的立法经验。参见张文显:《继承·移植·改革:法律发展的必由之路》,载《社会科学战线》,1995(2)。

④ [美] H. W. 埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,140页,北京,三联书店,1990。

⑤ 公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,354页,北京,中国政法大学出版社,1999。

⑥ 诚如希尔斯所指出的:“只要宇宙还存在着神秘性,只要人类还在其中寻找秩序,只要他们还好奇地希望认识它,那么他们就会创造、完善和依赖于传统。只要他们还希望成为比他们的身躯还多些什么的东西,那么他们就会寻求并创造传统。只要人类还需要规则、范畴和制度,只要他们还不能即兴地创造这些东西,或不是只在某个场合才需要它们,那么他们就将坚守着传统,即使他们骄傲地认为并没有这样做的时候亦复如此。”“传统如此重要,其影响如此之大,以致人们不可能完全将它忽略掉。”[美] E. 希尔斯:《论传统》,傅铿、吕乐译,429、10~11页,上海,上海人民出版社,1991。

⑦ [法] 孟德斯鸠:《论法的精神》,6页,北京,商务印书馆,1982。

律观念、法律心理糅合在一起，表层的相同之处可以调和，可深层的本质性差异则会发生碰撞，这样就会阻碍移植的成功。造成了“橘生淮南则为橘，生于淮北则为枳，叶徒相似，其实味不同”^①的局面。究其缘故，“水土异也”。更何况，中西方法律文化的深刻差异，使得发生在近现代中国的法律移植成为可能的同时^②，却因传统的更多否弃而加深了移植的难度。“对意大利人或者希腊人来说，借鉴法国或者德国的法典，更多只具有技术上的意义，而对中国人来说，接受西方的法律学说，制定西方式的法典，根本上是一种文化选择，它意味着要否定许多自己一直珍爱和信仰的事物。因为中国传统文化，在许多方面都与西方有着深刻差异，这些差异又都充分体现于它们各自的法律当中，法律的冲突便不能不同时又是文化的冲突，法律的变革也不能不最终归结为文化的解决。”^③

因此，一方面，法律移植不能忽略本土法律资源，如果强行引入不适合本国现实的法律制度，那么这些法律最终会因水土不服而无法存活，美国学者认为，“法律是特定的民族的历史、文化、社会的价值和一般意识与观念的集中体现。任何两个基本国家的法律制度都不可能完全一样。法律是一种文化的表现形式，如果不经某种‘本土化’的过程，它便不可能轻易地从一种文化移植到另一种文化”^④。另一方面，移植西法时必须注意文化的三个层面（器物、制度和心理）的彼此适应与和谐，制度上的革新应当取得民众心理上的认同，并与对应的观念更新相伴随。正如公丕祥先生所指出的“缺乏世代相传的民族文化心理的支持与认同，无论现行社会秩序受到现行法律规则怎样强化，它也是脆弱不稳定的”论断。^⑤

不幸的是，近现代中国的法律变革运动恰恰陷入了新法与传统脱节、制度与心理割裂的泥潭。中国近现代四类不同形式的政权在移植外来法律时，不约而同地一味追求超前立法、快速立法、大规模立法，却否弃了本国的传统和现实，使匆忙出炉的法律难以融入社会生活的实际领域，难以被人们认同、消化、吸收，最终成为一纸空文。这就是我们对先前提出的形式与精神、躯壳与灵魂何以二律背反这个问题所一路追寻的答案，它由两个紧密相关的逻辑层次推导而成。第一，简单的移植西法，势必脱离中国的本土国情，造成了新法与传统的脱节，从而降低了立法施行的效果，使得已经制定的法律大多停留在具文阶段，未能发挥调整社会关系的实际效力。例如，清末的《破产律》是仿日本相关法律制定的，但当时的中国并没有建立起相应的企业运行机制，因而颁行不久，便应上海钱业大亨之请而暂缓施行。次年，农工商部奏请将该律交法律馆重新统筹编纂，实际上是束之高阁了。又如，清末民间的

① 《晏子春秋·内篇杂下》。

② 法律移植这一法律现象存在的根源正是不同国家和地区法律文化的多样性和差异性。如果两国的法律文化发展程度差异不大，除非受到强制性因素的影响，一般不会发生移植的必要和可能。而中西方法律文化有着迥然的差异，两者的比较可参见张中秋：《中西法律文化比较研究》，36页，南京，南京大学出版社，2001；两者的差异是有历史根源的，“因为中国法律文化与西方法律文化是在不同文化条件下生长出来的两种法律精神的载体形态，它们之间无疑有着巨大的差异性”。参见公丕祥：《冲突与融合：外域法律文化与中国法制现代化》，载《法律科学》，1991（2）。经济基础、政治制度、地理环境、社会结构、思想条件、历史传统、民族心理等因素的不同，培育出了东西方风格迥异的法律文化。

③ 梁治平：《法辨——中国法的过去、现在与未来》，130页，贵阳，贵州人民出版社，1992。

④ [美] 格伦顿、[法] 戈登、[匈] 奥萨魁：《比较法律传统》，米健、贺卫方、高鸿钧译，6~7页，北京，中国政法大学出版社，1993。

⑤ 参见公丕祥：《法制现代化的理论逻辑》，355页，北京，中国政法大学出版社，1999。