

总主编
张晋藩

中国法制通史

本卷主编
朱勇

第九卷

清末·中华民国

法律出版社

总主编▼张晋藩

中国法制通史

本卷主编▼朱勇

第九卷

清末·中华民国

撰稿人(以撰写章节为序):

- **朱 勇** 绪言、第十七章、第十八章、第二十章、第二十一章、第二十五章、第二十六章、第二十七章
- **张晋藩** 第一章、第五章、第六章、第九章
- **邱远猷** 第二章
- **贺 嘉** 第三章
- **林 中** 第四章
- **江旭伟** 第七章
- **田小梅** 第八章
- **高浣月** 第九章
- **张希坡** 第十章、第十一章、第十二章、第十三章、第十四章、第十五章、第十六章、第二十二章、第二十三章、第二十四章
- **成亚平** 第十九章

绪 言

中国法律在近代的发展、演变,经历了一个艰难、曲折的过程。这一过程的基本内涵,表现为法律的近代化,即废弃传统法律体系,在吸收西方法律理论和法律原则的基础上,确立具有近代意义的新的法律体系。中国法律近代化,既有法律自身发展的逻辑动因,也有列强各国的外部推动,而最终体现为立法者通过对中国传统法律与西方近代法律的比较而对法律体制所作出的新的选择。就时间而言,中国法律近代化,始自清末法制改革,而完成于南京国民政府六法体系的确立。

近代中国社会,面临着内忧外患。出于摆脱危机、重振国威、收回利权以及规范社会、稳定秩序的需要,社会各界,朝野各方,基于各自的政治立场及切身利益的考虑,为建立一个有效、可行的法律体系作了多方面的探索,从理论上提出了不同的政治、法律方案。某些方案并得以付诸实施。太平天国,洋务派,维新派,改革派,北洋政府,南京政府,共产党革命根据地政权,不同的政治力量分别提出并实施了不同的法律方案。所有方案均从不同角度体现了各

种政治力量对于国家命运的忧虑和思考,希望促进法律自身的进步,并进而推动制度的进步,推动社会的进步,实现富国强兵,消弭外患,保持中华帝国、中华文明的世界领先地位。由于种种原因,他们所设想的蓝图和目的未能完整实现,但就法律自身而言,正是不同方案的渐次实施,不同程度地促进了中国法律的进步。

在内容上,不同的方案代表了不同的阶级、阶层、社会群体的利益,具有明显的差异。而在方法上,各方案又具有一定的共性:在同一社会背景下,如何既吸收西方先进的法律思想、法律制度,同时又保留民族法律传统中有价值的部分,以建立一个既具有现代科学性、又符合中国特定的民风国情,并符合一定的社会群体利益的法律体系。

中国法律近代化在时间上也表现出阶段性。清末法制改革,为收回利权,废弃法律中落后、野蛮的内容,填补法律调整的空白,法制改革侧重于行政法、刑法、诉讼法等基本法律部门。民事法律制度事关私权和身份,也属于修订重点,只是因传统法律缺少相应的基础,而其调整对象又涉及婚姻、家庭、身份等传统社会极端注重的领域,并且大量存在礼教、习惯等调整手段,故虽然付出大量精力用于民法草案的起草和民事习惯的调查、登记,但正式的民法典仍迟迟未能颁行。辛亥革命胜利后,国体变更,政权易主,国家更需要在政权体制上探索一条新的道路,以尽快稳定新的统治政权,并建立具有民主色彩的国家体制。从1912年民国政府建立,到1928年南京国民政府统一全国的十七年中,由北洋政府推动并具体实施的法律近代化的重点,在于宪政体制的探索和变革。从《临时约法》、《天坛宪草》,到《贿选宪法》,从“第一届国会”到“新国会”、“新新国会”,从责任内阁制、大总统制到府院之争、议会与政府的对

峙,涉及宪政体制的宪法、国会、政府,走马灯似地转换。南京国民政府建立后,一改此前法律近代化的侧重点,迅速展开大规模的基本法律的制订、完善活动。南京国民政府的立法者们总结清末法制改革以来历朝政府在立法方面的经验和教训,吸收西方各国先进的法律理论和制度,同时,保留中国传统法律中的一些原则,在不到三年的时间里,即制订、颁布一系列重要的基本法律,包括民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法等,中国近代法律的典型形态——六法体系基本形成。

中国社会是一个极端重视传统的社会。就法律自身而言,中国法律近代化的关键,同时也是法律近代化的难点,在于解决西方法律精神与中国法律传统的关系。对于中国社会而言,西方法律精神与中国法律传统不完全是一个简单的优劣、是非问题。法律作为一种行为准则,其目的在于规范人们的行为,保持社会在一个统一、稳定的秩序之中。与自然科学不同,包含人文内容的制度与文化,既要体现代表最新水平的进步性,同时,也应具备与特定社会协调的兼容性。“先进并不必然合适”。特定文化背景下的社会,需要与其相适应的环境和秩序。两种制度和文化的交叉、汇合,不可避免地会产生冲突与抵触。选定合适的契合点,以最大限度地减少冲突,缩短新型制度与固有社会的磨合期,这是法律近代化首先需要解决的问题。清末法理派与礼教派的修律之争,以封疆大吏为代表的地方实力派对诉讼法草案的否定,清末及民国两朝政府对民、商事习惯的全面调查、研究所表现出的对习惯、礼教为代表的法律传统的重视,共和政体之下长期实施的行政、司法合一的县知事兼理司法制度,民国民法中“亲属”、“继承”两编与其他三编在基本风格上的不一致,近代中国围绕着法律演进而产生的各种现象,从不同

角度反映出西方法律精神与中国法律传统在中国法律近代化进程中的冲突与融合,也反映出法律近代化推动者们对于契合点的不懈探寻。

目 录

绪言	(1)
第一章 鸦片战争与中国主权的丧失	(1)
第一节 鸦片战争前的中国和世界	(1)
第二节 鸦片战争后中国主权的丧失	(4)
一、由五口通商大臣到设立总理各国事务衙门.....	(5)
二、由协定关税到总税务司控制中国的内政与外交.....	(5)
三、由领事裁判权到全面践踏中国的司法主权.....	(7)
第二章 太平天国法律	(10)
第一节 太平天国法律制度的建立和发展变化	(10)
第二节 《天朝田亩制度》中的土地法令	(14)
一、《天朝田亩制度》中土地法令的内容.....	(14)
二、《天朝田亩制度》中土地法令评价.....	(18)
第三节 刑事法令	(20)
一、罪名与刑罚.....	(20)
二、刑事法令的打击对象.....	(21)
三、刑事法令实施中的政策与策略.....	(28)
四、刑事法令的局限性与封建性.....	(32)

第四节 婚姻法令	(39)
第五节 经济法令	(46)
第三章 清末制宪	(51)
第一节 制宪前奏——考察宪政	(51)
一、从慈禧“新政”到五大臣出洋考察	(51)
二、五大臣考察各国政治情况	(57)
三、考察政治的结论	(70)
第二节 “仿行宪政”的宣告	(77)
一、统治集团内部有关立宪的论争	(77)
二、宣告“仿行宪政”	(84)
第三节 《钦定宪法大纲》	(93)
一、《钦定宪法大纲》与《日本帝国宪法》之比较	(95)
二、《钦定宪法大纲》历史地位评述	(97)
第四节 资政院和咨议局	(108)
一、资政院和《资政院章程》	(109)
二、咨议局和《咨议局章程》	(118)
三、资政院、咨议局的地位评价	(131)
第五节 《重大信条十九条》	(136)
一、《重大信条十九条》颁布的历史背景	(136)
二、《重大信条十九条》述评	(151)
第四章 清末修律的指导思想	(156)
第一节 清末修律的历史背景	(157)
一、西方法律文化的输入与影响	(157)
二、鼓吹新政和修律,以谋求自救	(159)
第二节 清末修律的指导思想	(162)

一、西法与中法结合	(162)
二、修律与研核法理结合	(168)
三、修律与促进法制文明结合	(174)
第三节 贯彻修律指导思想的斗争与妥协	(181)
第五章 清末行政法	(187)
第一节 《大清会典》、则例与新官制法的修订	(187)
一、《光绪会典》的修订及时代特点	(187)
二、则例的增修	(190)
三、颁布新官制法与经济、文化行政管理章程	(191)
四、草拟《行政纲目》	(192)
五、修订监察法规	(193)
第二节 制订调整印刷物和著作权的行政法律	(194)
第三节 近代城市管理法规的出现	(196)
第六章 清末民法	(200)
第一节 民律制订的历史背景	(200)
一、制定民律的原因	(201)
二、制定民律的舆论准备	(204)
第二节 《大清民律草案》的制定过程	(208)
第三节 《大清民律草案》的指导思想	(213)
一、《民律前三编草案告成奏折》所反映的指导思想	(213)
二、《大清律例》若干民事规定的修改意见所反映 的指导思想	(216)
第四节 《大清民律草案》的基本内容	(220)
一、总则	(220)

二、债权	(224)
三、物权	(226)
四、亲属	(227)
五、继承	(229)
第五节 《大清民律草案》的特点	(230)
第七章 清末经济法	(235)
第一节 商业立法	(236)
一、19世纪后半期的商业法规	(236)
二、20世纪初振兴工商政策与商事立法	(239)
第二节 工矿业立法	(250)
第三节 经济立法的特点	(259)
第八章 清末刑法	(262)
第一节 刑律修订的历史背景	(262)
一、清末社会经济关系的变化	(263)
二、外国列强和清末朝廷政治策略的变化	(264)
三、西方资产阶级法律、法学的输入	(266)
第二节 刑律修订的过程	(267)
第三节 刑律修订的基本内容	(272)
一、删改旧律	(272)
二、制定新律	(275)
第四节 刑律修订中的法、礼之争	(280)
第五节 刑律修订的特点	(286)
第九章 清末司法制度	(291)
第一节 诉讼法与法院编制法的修订	(291)
第二节 司法组织的改革	(299)

一、司法行政管理机构——法部和提法司	(299)
二、审判机关——大理院与各级审判厅	(299)
三、检察机关——检察厅	(301)
第三节 民事诉讼法的制定与民事诉讼制度的变革	(302)
一、审判衙门	(304)
二、当事人	(305)
三、普通诉讼程序	(306)
四、第一审诉讼程序	(308)
五、上诉程序	(310)
六、再审程序	(311)
七、特别诉讼程序	(311)
第四节 刑事诉讼制度的变革	(313)
一、引进西方的诉讼原则	(313)
二、规定强制措施及其专门的执行机构	(315)
三、明确划分审判管辖范围	(316)
四、对刑事訴訟证据制度进行改革	(317)
五、赋予被告人要求辩护和申请回避的权利	(318)
六、上诉程序和特殊程序	(319)
七、死刑案件的复核程序	(320)
第五节 领事裁判权与会审公廨	(321)
第十章 三民主义政纲与创建中华民国方略	(327)
第一节 中国同盟会的成立及其纲领	(327)
一、辛亥革命运动的兴起	(327)
二、中国同盟会的成立	(329)

三、同盟会的三民主义政纲	(329)
第二节 创建中华民国的革命方略	(333)
一、武装反清夺取政权的总方针与政策	(333)
二、中华民国的国家制度	(334)
三、创建中华民国的革命程序	(337)
四、中华民国的对外宣言	(339)
第十一章 《中华民国临时政府组织大纲》与南京临时政府的成立	(341)
第一节 中华民国湖北军政府的成立和《鄂州临时约法》	(341)
一、中华民国湖北军政府的成立	(341)
二、《中华民国鄂州临时约法》	(343)
第二节 《中华民国临时政府组织大纲》	(348)
一、各省都督府代表联合会的召开	(348)
二、《中华民国临时政府组织大纲》	(354)
第三节 中华民国南京临时政府的成立	(357)
一、南京临时政府的成立	(357)
二、南京临时政府的性质	(361)
三、南京临时政府成立的历史意义	(363)
第十二章 《中华民国临时约法》	(364)
第一节 《中华民国临时约法》的制定与颁布	(364)
一、代理参议院拟定《临时约法草案》	(364)
二、参议院审议和通过《临时约法》	(364)
三、《中华民国临时约法》的公布	(365)
第二节 《中华民国临时约法》的内容和性质	(365)

一、《中华民国临时约法》的主要内容和性质	(365)
二、《中华民国临时约法》的特点	(371)
三、《中华民国临时约法》的历史意义和局限性	(372)
第十三章 《中华民国参议院法》	(374)
第一节 《中华民国参议院法》的制定	(374)
第二节 《中华民国参议院法》的主要内容	(375)
一、规定了参议院设置地、参议院的开会与休会	(376)
二、规定了参议院的组织	(376)
三、规定了参议员的资格条件、委任和自律罚则	(377)
四、规定了参议院会议规则、议事秩序	(379)
五、规定了参议院的选举、弹劾、质问、建议、请愿等职 权的行使	(380)
六、规定了参议院与国务员、政府委员,参议院与人民 官厅及地方议会之关系	(381)
第三节 《中华民国参议院法》的主要特点	(381)
第十四章 南京临时政府行政法规	(384)
第一节 南京临时政府各部官制及总统府直属机构的 组织法规	(384)
一、《中华民国临时政府中央行政各部及其权限》和 《各部官制通则》	(384)
二、总统府各直属机构的组织法规	(385)
第二节 军事法规	(386)
一、陆军部颁行维持治安临时军律	(386)
二、陆军部制定勋章章程	(387)
三、陆军官佐士兵恤赏表	(387)

四、陆军传染病预防规则	(387)
五、陆军军官学校暂行条例	(388)
六、孙中山对中国陆海军提出的奋斗目标	(388)
第三节 内务警政法规	(389)
一、警政管理法规	(389)
二、警务学校章程	(390)
三、有关慈善救济事务的规定	(390)
四、有关民族宗教和华侨政策的规定	(391)
五、关于改革历法的规定	(392)
六、关于改变称呼礼节的规定	(393)
七、关于限期剪辫和劝禁缠足的规定	(394)
八、关于禁烟禁赌的规定	(394)
九、关于保障人权财权的规定	(395)
十、《社会改良会章程》及社会改革 36 条	(397)
第四节 教育法规	(398)
一、孙中山、蔡元培对新教育方针的论述	(399)
二、普通教育法规	(400)
三、其他教育的规定	(401)
第五节 财政金融法规	(401)
一、建立会计制度和预决算制度	(401)
二、建立金库制度	(402)
三、划分中央与地方财政范围	(403)
四、参议院议决《暂行印花税法》	(403)
五、中华民国军需公债章程	(404)
六、整顿改革币制,制定金融法规	(404)

第六节 经济管理法规	(405)
一、工矿业管理法规	(406)
二、保护商民和商业管理法规	(407)
三、农林水利渔业管理法规	(407)
第七节 交通管理法规	(409)
一、铁路管理法规	(409)
二、航运管理法规	(409)
三、邮政管理法规	(410)
四、电报电话管理法规	(411)
第十五章 南京临时政府司法制度	(412)
第一节 司法行政机关的组织与职责	(412)
一、丞政厅的组织与职责	(412)
二、法务司的组织与职责	(413)
三、狱务司的组织与职责	(413)
第二节 审判机关体制建设的初步方案	(414)
一、临时中央裁判所和特别法庭	(414)
二、司法部关于建立各级审判厅检察厅的若干规定	(415)
三、大总统关于审级制度的批文	(416)
第三节 禁止刑讯和体罚的法规	(417)
一、禁止刑讯的规定	(417)
二、禁止体罚的规定	(418)
第四节 《律师法草案》与《律师公会章程》	(419)
一、律师法草案与大总统的批文	(419)
二、中华民国律师总公会章程	(420)

第五节	监狱建设·····	(422)
第十六章	南京临时政府修订法律情况概述·····	(424)
第一节	辛亥革命后浙湘各省对刑律的修订意见·····	(424)
一、浙江省议会修正刑律之条件(光复后之刑章)·····		(424)
二、湖南省都督电呈大总统核准颁行《湖南现行刑法》 ·····		(425)
第二节	孙中山和参议院关于修订法律的咨文和决议案 ·····	(426)
第十七章	北洋政府宪法·····	(430)
第一节	《天坛宪草》·····	(431)
第二节	《中华民国约法》·····	(439)
第三节	“十年制宪”与《中华民国宪法》·····	(444)
第十八章	北洋政府国会·····	(452)
第一节	北京临时参议院·····	(452)
第二节	第一届国会第一期常会·····	(459)
第三节	共和体制中的怪胎:政治会议,约法会议,参政 院·····	(468)
第四节	第一届国会第二期常会·····	(472)
第五节	安福国会与南北国会之争·····	(477)
第六节	从“法统重光”到“法统陈述”·····	(485)
第七节	北洋政府时期议会政治的反思·····	(489)
第十九章	北洋政府刑法·····	(497)
第一节	《中华民国暂行新刑律》·····	(497)
第二节	《刑法》修正案·····	(503)
第三节	刑事特别法·····	(504)