



清末修律中法理派 人权思想及其当代价值研究

薛锋 著

Qingmo Xiulü zhong
Falipai Renquan
Sixiang jiqi Dangdai Jiazhi Yanjiu



中国政法大学出版社

山东省社会科学规划研究项目(15CZZJ10)资助
山东科技大学学术著作出版基金资助

清末修律中法理派 人权思想及其当代价值研究

—— 薛锋 著 ——

Qingmo Xiulü zhong
Falipai Renquan
Sixiang jiqi Dangdai Jiazhi Yanjiu



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

清末修律中法理派人权思想及其当代价值研究/薛锋著. —北京:中国政法大学出版社, 2017. 11

ISBN 978-7-5620-7847-0

I. ①清… II. ①薛… III. ①沈家本 (1840-1913) —人权观—研究
IV. ①D909. 252

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第282334号

- | | |
|-------|---|
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮寄地址 | 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部) |
| 编辑邮箱 | zhengfadch@126.com |
| 承 印 | 北京九州迅驰传媒文化有限公司 |
| 开 本 | 880mm × 1230mm 1/32 |
| 印 张 | 8.75 |
| 字 数 | 220 千字 |
| 版 次 | 2017 年 11 月第 1 版 |
| 印 次 | 2017 年 11 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 39.00 元 |

序 言 清末修律那些事

关于中国近代史，人们熟知的是鸦片战争、洋务运动、甲午战争、戊戌变法、辛亥革命这样一些重大的历史事件。其实，清末还有一件以往人们不太留意但却很值得反思的事件——从光绪二十八年（1902年）到宣统三年（1912年）的修律，这是清末“新政”的一部分，而且是其中最主要的部分。就其意义而言，清末修律是很有可能推动大清帝国走向近代国家的事件。可是，这件事最终却伴着清王朝的覆亡而结束了。后来的中国，如我们所知，经历的是很长的一段磕磕绊绊走向近代国家的历史进程，其中的原因或许一时难以说得清楚。但作为近代史上的一个很有重要性的历史事件，清末修律却有许多值得思索的东西。

关于清末修律，近年来学界许多同仁予以了更多的重视，人们尝试从各个不同的方面对这一历史事件加以解读。薛锋博士这本《清末修律中法理派人权思想及其当代价值研究》，对修律过程中起过重要作用的沈家本的人权思想做了十分深入的探讨。杀青之后以书稿示我，嘱我为这本书写一个序，由于我于近代史是不折不扣的门外汉，虽然近年来做了一些有关中国思想史方面的事情，但对沈家本也只是通过这部书稿有了些许了

解，所以无法对这本书的内容说得更多，只是想说一些有关清末修律的事情，不妥之处谨请本书的作者和读者见谅。

历史是由许许多多的偶然事件构成的，但每一个历史事件背后，都有它发生的逻辑和缘由。和近代中国曾经发生的许多历史事件一样，清末修律也有它的所以发生的缘由。如果把修律与清朝末年发生的重要的历史事件联系在一起，就会发现，这些事件之间的因果联系很是值得玩味。

清朝末年，有两件事情的政治意味是最浓的。一件是发生在 1898 年的百日维新，一件就是我们这里所说的修律。清末修律始于 1902 年，在这前一年，清王朝因为战败与英、美、日、俄等列强签订了《辛丑条约》，这是清王朝与西方列强签订的最后一个不平等条约。而戊戌变法之前，则是 1894~1895 年的中日战争，这场战争的结果也是清王朝战败，与日本签订了《马关条约》。这些历史事件组合在一起，虽然有许多理由说可能是历史的巧合，但在我看来，这里面有一个清晰的逻辑，那就是，中日甲午战争的失败，使得清王朝知道了政治变革的重要性，虽然真正主张变法的只是当时有见识的少数人。义和团闹剧惨淡收场以后，清王朝内部改良政治的呼声又起，便有了持续十年之久的修律。如果循着时间的顺序再往前推，19 世纪中期所以会发生以求富求强为主旨的洋务运动，其最直接的原因也无非是清王朝在鸦片战争中的失败。清末那些具有社会变革意义的事件，其前提都是战场上的失败。甚至变法更新的上谕，也是清王室在逃亡西安，为了体面，大清王朝自称为“西狩”的时候发出的。这样的历史逻辑清晰地昭示了近代中华民族所以经历一段饱含屈辱的历史的真实原因。

历史上的中国是一个有着悠久的法律传统的国家。从秦律、汉律九章、唐律再到大清律，历代王朝的法典越修越厚，法网

也愈来愈密。但是，直到清末修律之前，传统中国并不是一个法治国家，或者说，它没有成为现代意义的法治国家。究其原因，有一点原因是最为重要的，那就是，古代中国人对于法律的认识和理解。古代中国人从认识到法律以及法治的重要性的时候起，在人们的观念中，法便一直被认为是政治统治的工具。关于法律的本质与作用，《管子·任法》有一段十分经典的话，“有生法，有守法，有法于法。生法者，君也，守法者，臣也，法于法者，民也。”这段话的意思是说，在一个国家里，君主是生法或者制定法律的，法律也就理所当然地代表着君主的意志，臣下是执行法律的，而民众是受法律约束和制裁的。这种法律观念赖以依存的逻辑前提，是说在人类社会内部，有一部分人是天然地需要由另一部分人运用法律的工具来统治的。这是中国传统法律观念的精髓，这种观念甚至在后来许多人编撰的法理学教科书里都能找它的踪迹，只不过是换了些提法而已。

可以肯定地说，如果没有近代西方先进的思想文化的东来，没有 19 世纪中期以后中国社会那些有识之士对于近代文明，特别是对近代政治文明的认识和了解，生活在这种政治文化背景下的中国人，无论如何也意识不到中国传统法律观念以及由这种法律观念所支配的政治生活会有什么问题。当中国人认识到它的问题的时候，已经是 20 世纪初叶。

在中国历史上，修律不是一件很新鲜的事儿。汉王朝建立以后，曾经对秦朝的法律进行过修改。两汉以下历代王朝的法律，都是在对前朝法律做些修改的基础上确定下来的。当一代王朝存续较长的时间以后，这个朝代的统治者也会对法律有所修改。就是清王朝的《大清律例》，也曾重修过。以往历代王朝的修法，只不过是增删了些许法律条文，法律的基本精神并没有发生任何改变。然而，清末修律却是在西方近代文化已经在



中国传播开来，并且在方方面面都呈现出对中国文化传统的优势的情况下发生的。这个时候，或许自慈禧以下，清朝统治集团中的大多数人并不知道这是中国社会从传统走向近代的关键当口，但为国家富强计，说得更直接一点儿，为了大清的江山社稷，他们只能把曾经被他们否定了的维新派做过的事情再做一遍，参照泰西法律对清王朝的法律进行重修，对清王朝的政治做出某种改良。于是，便有了本书作者称之为“法理派”的沈家本、伍廷芳等人的修律活动。

所谓“法理派”，实际上就是清末统治集团内部对西方国家的法律制度与法律思想有一定了解的一族。其代表人物沈家本（1840~1913年），字子淳，别号寄簃，浙江吴兴人。光绪年间进士，曾任直隶、陕西司主稿、奉天司正主编、天津知府等职。光绪二十七年（1901年），以后，先后任刑部右侍郎、修订法律大臣，并兼大理院正卿、法部右侍郎等职。清末修律就是在他的主持下进行的。

值得说明的是，沈家本的父亲也曾做过清王朝的刑部侍郎，可以说他是出身于刑律世家。在清朝末年的一干官僚中，沈家本也可谓是饱学之士，共著有《读史琐言》《历代刑法考》等著作三十余种，对清朝的刑律更是了然于胸。在受命修律以后，沈家本与伍廷芳等人通过翻译、出国考察等方式，对欧美、日本等国的法典做了系统的研究，对自由、平等、博爱等近代价值理念也有了一定的理解。在修律过程中，以沈家本为代表的“法理派”人士尽自己的努力，试图把近代的价值理念引入清王朝的法律中来。如果这件事做得成，无疑是中国近代社会最有意义的进步，可这恰恰是清末修律过程中无法解决的难题。

如同前所说，中国历代王朝历来是把法律当作政治统治工具来看待的，出于政治统治的需要，在制定法律的时候，人们

只需对统治者的利益进行权衡，在法律上对不同等级的特权予以肯定。而近代法律被看作是规范社会生活的最高权威，因此，在立法过程中，需要权衡的不是统治者的利益，而是以个人为单位的公民权利，出于保护公民权利的需要，法律在任何时候都不能有关于社会成员的歧视性规定。或许可以说，由于对人的不同理解，也就有了传统中国的法律与近代法律之间的差别。因此，修律在某种意义上就是近代中国人理解和接受近代人权观念，并且使近代人权观念在中国法律中体现出来的过程。

清末修律是在观念纷争中蹒跚而行的。其实，沈家本的许多思想主张已经很有近代的意味，例如，基于对近代自由平等观念的理解，他反对男女在司法上的不平等，主张实行“满、汉一法”。另外，沈家本也认为人应享有不受奴役的自由、不受法外科刑的自由，这一说法实际上就是近代思想家非经司法审判不得对公民定罪的主张的翻版。此外，沈家本还主张“删除律例内重法”、禁止刑讯、实行律师制度、陪审制度等主张。所有这些都在清末修律过程中有所体现。1906年上奏的《刑事民事诉讼法》，其中采用了西方的律师制度和陪审制度，1907年沈家本等上奏的《大清新刑律草案》，排除了中国传统刑律中诸如十恶不赦、亲属相奸乱伦之类的重罪条款。可是，沈家本等人的这些努力却招致了来自清廷内部保守势力的强烈反对和异议。那部《刑事民事诉讼法》未及公布便告作废。《新刑律草案》也是在沈家本等一干修律人士做出重大妥协的前提下才得以公布。在刑律后面加上了一个《附则五条》，规定犯十恶、亲属相奸等事关伦常礼教的犯罪，皆依旧律。

这里不能不说的一个人便是张之洞。在清朝末年，张之洞不算是极其顽固守旧的人。他在《劝学篇》中提出的“旧学为体，新学为用”（这句话后来被译解为“中学为体，西学为



用”）的主张，不仅得到了掌握清王朝权秉的慈禧的认可，而且也许多清末的开明人士所认同。在很长的一段时间内，“中体西用”说被理解为处理中西学关系最为可靠的原则。从打开中国文化的大门、学习和吸收西方近代先进文化这一方面来说，“中体西用”说的作用无疑是积极的。可是，到了清末修律的时候，当“法理派”人士意欲遵循近代的人权观念来改变中国传统法律的时候，“中体西用”却成了反对法律变革的利器。如此看来，曾经被国人津津乐道的“中体西用”，在近代中国“传统”与近代文明的冲突中所起的作用确实不可高估。

光绪二十七年（1901年）十二月，清廷在西安发布了“变法”上谕，表面上宣称是为了适应形势的变化，即所谓：“世有万古不变之常经，无一成不变之法治……穷变通久……”但究其实际，无非是在内忧外患下为维持自身统治而不得不采取的权宜之计。所谓“不易者三纲五常，昭然如日星之照世，而可变者令甲令乙，不妨如琴瑟之弦”。

清朝光绪三十四年（1908年）八月初一日，中国晚清政府颁布了中国历史上第一部宪法性文件《钦定宪法大纲》。这是参照1889年日本明治天皇颁布的《日本帝国宪法》，由宪政编查馆牵头制定的。该宪法大纲分为两个部分：一为“君上大权”（共14条）；二为“臣民的权利和义务”（共9条），共计23条。在制定过程中，为了充分体现“大权统于朝廷”的立法旨意，删去了日本宪法中限制君权的有关条款。因此，《钦定宪法大纲》虽然在名义上是“宪法”，但是从严格意义上说，它并不是真正意义上的宪法，它的颁布只是对封建君权再一次进行了强化。具体内容见下：

君上大权

一、大清皇帝统治大清帝国，万世一系，永永尊戴。

二、君上神圣尊严，不可侵犯。

三、钦定颁行法律及发交议案之权。凡法律虽经议院议决，而未奉诏命批准颁布者，不能见诸施行。

四、召集、开闭、停展及解散议院之权。解散之时，即令国民重行选举新议员，其被解散之旧员，即与齐民无异，倘有抗违，量其情节以相当之法律处治。

五、设官制禄及黜陟百司之权。用人之权，操之君上，而大臣辅弼之，议院不得干预。

六、统率陆海军及编定军制之权。君上调遣全国军队，制定常备兵额，得以全权执行。凡一切军事，皆非议院所得干预。

七、宣战、讲和、订立条约及派遣使臣与认受使臣之权。国交之事，由君上亲裁，不付议院议决。

八、宣告戒严之权。当紧急时，得以诏令限制臣民之自由。

九、爵赏及恩赦之权。恩出自君上，非臣下所得擅专。

十、总揽司法权。委任审判衙门，遵钦定法律行之，不以诏令随时更改。司法之权，操诸君上，审判官本由君上委任，代行司法，不以诏令随时更改者，案件关系至重，故必以已经钦定为准，免涉分歧。

十一、发命令及使发命令之权。惟已定之法律，非交议院协赞奏经钦定时，不以命令更改废止。法律为君上实行司法权之用，命令为君上实行行政权之用，两权分立，故不以命令改废法律。

十二、在议院闭会时，遇有紧急之事，得发代法律之诏令，并得以诏令筹措必需之财用。惟至次年会期，须交议院协议。

十三、皇室经费，应由君上制定常额，自国库提支，议院不得置议。

十四、皇室大典，应由君上督率皇族及特派大臣议定，议

院不得干预。

附臣民权利义务

(其细目当于宪法起草时酌定)

一、臣民中有合于法律命令所定资格者，得为文武官吏及议员。

二、臣民于法律范围以内，所有言论、著作、出版及集会、结社等事，均准其自由。

三、臣民非按照法律所定，不加以逮捕、监禁、处罚。

四、臣民可以请法官审判其呈诉之案件。

五、臣民应专受法律所定审判衙门之审判。

六、臣民之财产及居住，无故不加侵扰。

七、臣民按照法律所定，有纳税、当兵之义务。

八、臣民现完之赋税，非经新定法律更改，悉仍照旧输纳。

九、臣民有遵守国家法律之义务。

始于光绪二十八年（1902年）、止于宣统三年（1912年）的清末修律，前后历时十年，学术界普遍以光绪三十三年（1907年）九月沈家本、伍廷芳充任修律大臣为分界线，把其分为前后两个阶段。清末修律的第二阶段，亦即从光绪三十三年（1907年）九月沈家本、伍廷芳被钦定充任修律大臣到宣统三年（1912年）清王朝的覆灭，比前一阶段取得了更大的成绩，特别是对于预备立宪尤为重要。这一时期，修律的核心内容是进行预备立宪时的立法工作，主要是制定新法律，积极配合立宪活动的实施。这主要表现为两个方面：一是最能代表清末修律成果的《大清新刑律草案》《大清刑事诉讼律草案》《大清民事诉讼律草案》等几个主要法律草案的制定。二是通过一系列司法改革措施，完成了对中国传统司法制度的近代化改革，

初步实现了司法独立。这一时期清末修律活动的深入发展，既促进了法理派人权思想的进一步发展，又为法理派人权思想渗入修律成果中、并最终在法律制度的形式确立下来提供了不可缺少的实践基础。

奉命主持清末修律的是法理派代表人物沈家本、伍廷芳，他们是修律运动的领军人物和核心力量，参与修律活动的主要是吉同钧、董康、章宗祥等具有一定影响力的法律俊才，他们要么有供职于刑部的经历、精通中国传统例律，要么有海外学习西方法律的经历、熟知西方近代法律。法理派作为一个封建官僚法律精英群体，其共同的目标就是致力于对中国传统法律制度进行近代化改革。另外，参与清末修律的法理派中还有朝廷聘请的冈田朝太郎、小河滋次郎等日本以及其他国家的法律学者。在法理派主持、参与清末修律过程中，他们敢于向极力维护传统封建伦理的保守封建官僚做斗争，逐步形成了内容丰富的人权思想。

有关清末修律的研究，长期以来一直是法学与历史学研究的热点，而对于清末修律中法理派的研究又是其中的一个重要选题。从法理派的组成人员来看，他们是清政府钦定的主持、并参与清末修律的一个精通中外法律知识或从事司法审判工作的开明封建知识分子及官僚群体。由于他们在修律中主张引进、借鉴和吸收西方近代法律制度、法律原则和法律精神，体现出了对个人基本权利的法律保护思想，这与反对他们并极力维护封建伦理道德、保守封建礼教思想的所谓“礼教派”形成了鲜明的对比，便被冠名为“法理派”。清末修律中法理派提出、并成功渗透到法律制度中诸多保护人权的法律思想，既是中国近代人权思想发展历程中里程碑式的事件，又是中国传统法律思想走向近代化的开端。因此，对清末修律中法理派相关问题的

研究,无论是研究中国近代人权思想史还是研究中国近代法律思想史,都是相关学者必然要浓墨重彩的重点研究对象,是一个值得研究的选题。

从现有研究成果来看,从政治学的视角,把清末修律中法律派人权思想放在中国人权思想发展的历史进程中,深入分析清末修律中法律派人权思想的理论来源、基本内容、理论基础及其入法的实现等问题的相关研究成果,至今还没有出现较为成熟的高水平研究成果。特别是有关法理派人权思想的历史地位、影响及当代价值等类似的带有研究者个人一定主观色彩的问题,更是需要在深入研究法律派人权思想诸多相关问题的基础上,才能客观、准确地给予符合历史实际的定位、定性与评价,才能真正探寻出对当今社会发展有用的思想精髓,才能真正发掘出其应有的当代价值。对这些方面的研究,本著作都基本到达了一个新的高度和水平,是对学术界现有研究成果的继承与发展,在某些方面,比如:对法理派人权思想当代价值的分析探讨,在一定程度上,甚至可以说是弥补了学术界的遗漏与缺憾。总体上看,本著作写作视角比较新颖、框架结构合理、内容层次分明、逻辑线索清晰、史论结合得当。本著作通过对清末修律中法律派人权思想的多方面论述,能够使读者全面认识和了解法理派人权思想的诸多问题,能够呈现给读者一个特色非常鲜明的法理派人权思想。

从本著作相关内容来看,清末修律中法理派人权思想体现出了以下几个方面特点:首先,法理派人权思想具有多元化的理论来源。中国传统人道观念中的“仁政”“平等”“民本”等思想或理念,西方近代人文主义思想中的天赋人权、自然法、三权分立、社会契约、人民主权等思想理论,戊戌维新运动中资产阶级改良派的平等、自由、宪政等民权思想都为法理派人

权思想提供了直接或间接的理论来源。其次，法理派人权思想的形成与发展具有特定的社会历史条件。法理派人权思想的形成与发展是与近代以来救亡图存与变法求强的时代主题、国民人权意识的逐步增强以及清末政治统治的合法性危机及其政治改革等这些时代背景、现实基础和政治条件分不开的。当然，也需要法理派思想家们的聪明才智和不懈努力以及其他多方面的主、客观条件，是多种因素相互作用所形成的综合合力共同促进的结果。再次，法理派人权思想具有丰富的思想内容，并体现了一定的理论水平。法理派人权思想不仅包含有丰富的平等思想、自由思想和刑罚人道思想，几乎涵盖了西方近代人权思想的所有核心内容和重要方面，而且由于法理派思想家们大多具有较高的法律素养和理论水平，又身处近代中国社会转型的历史时期，这些主客观条件比其他历朝历代思想家、法律学家不具备的，这就意味着法理派有条件、也有能力“融会贯通”中西两种法律思想文化，能够从中西两种法律思想文化中吸取精华，为其人权思想探寻理论基础与理论根据，体现了一定的理论水平。再次，法理派人权思想具有独特的理论基础。法理派以“仁政”思想为核心的政治观、融会贯通中西法理精神的“情理”观和以“尊重人格之主义”为核心的法律观是其人权思想的三大理论基础，是贯穿于其人权思想的三条主线，正是这些理论基础才使内容上相对独立的平等思想、自由思想和刑罚人道思想得以相互贯通，在这三个方面体现了内在的必然联系和一致性。最后，法理派人权思想体现了能够进入法律体系的现实性，这也是其人权思想最为显著的特色。法理派人权思想与众不同的最重要一点，就是其许多人权思想以清末修律为实践基础成功渗透到了法律体系中，在新修订、新制定的相关法律中得到具体法律条款的认可或确认，这在中国人权思想发

展史上还是首创，第一次打开了人权思想进入法律体系的大门，为后世人权保障法律制度的发展与完善奠定了理论和实践基础，积累了成功的经验。

当然，本著作最值得肯定和大加赞赏的还是最后两部分内容，体现了本著作具有较高的理论水平和学术水平。这两部分内容是在前面几部分对法理派人权思想进行文献研究、历史分析、比较研究基础上的进一步升华，是最能提升本著作理论水平和学术水平的研究内容。这两部分内容论述得是否到位、对相关问题把握得是否准确与恰当，在很大程度上直接决定了本著作理论水平和学术水平的高低。而作者在这些方面基本做到了恰到好处，值得称道。就法理派人权思想的历史地位及影响来说：在分析其历史地位时，作者从其进步性和历史局限性两个方面，具体、详细地论述其历史地位，做到了把握准确、观点鲜明、内容翔实、论据充分，很有说服力；在探讨其影响时，与一些著作往往在最后做概括性总结的惯常做法完全不一样，作者并没有笼统地泛泛而说，而是选择法理派人权思想对近代国民人权意识和法制观念这两方面的影响来分析，做到了针对性强、立意新颖、不惜笔墨，令人耳目一新。关于法理派人权思想的当代价值问题，实际上是研究法理派人权思想的目的和落脚点，也是本著作的最终写作意图之所在。作者能够密切联系当今中国的发展实际，主要从当代中国的人权事业、法制建设、治理现代化、依法治国等几个方面，深度发掘法理派人权思想对当代中国社会发展的借鉴价值，做到了实事求是、不片面夸大、言之有理，十分令人信服。因此，从这两部分的内容来看，作者研究和写作的目的达到了。

当然，本著作也存在一些不足之处，在许多方面仍然需要完善。从整体看，虽然在一定程度上可以说，这是一部研究法

理派人权思想理论水平和学术水平比较高的著作，但是仍有一些具体观点欠妥当，只能代表一家之言，很难经得起进一步推敲，还有待于理论界和学术界进一步商榷。比如：著作中把法理派以“仁政”思想为核心的政治观、融会贯通中西法理精神的“情理”观和以“尊重人格之主义”为核心的法律观作为其人权思想的三大理论基础，这一说法是否准确或合适，还需要仔细斟酌。另外，一些内容还有待于进一步丰富发展，比如：关于法理派人权思想的影响，建议再考虑从其他多方面进行分析探讨；关于法理派人权思想的当代价值，建议思路可以再开阔一些，从多方面、多视角进行发掘探讨。

学无止境，天道酬勤，努力才有收获！希望作者再接再厉，以此为基础在学术研究上更上一层楼！

孙晓春

2017年9月16日凌晨于南开大学

前 言

PREFACE

人类社会人权事业的发展并非一帆风顺，纵观其发展历史，呈现出的是一个曲折而又辉煌的发展历程。自从人类社会产生“人权意识”之日起，在千百年来争取人权的历史征程上，有无数的仁人志士为追求人权献出了宝贵的生命，树立了一块又一块具有历史意义的丰碑。

一般认为，以自由、平等、人道为其重要内容的现代意义上的人权，是近代资本主义商品生产逐步发展和资本主义制度确立以后才出现的。其发展变化主要经历了三个阶段：“第一阶段是指资产阶级民主革命取得全面胜利后一个很长时期里的人权，其内容主要是人身人格权利以及政治权利与自由，它的诞生与确立以美国的《独立宣言》和法国的《人权与公民权宣言》为主要标志。第二阶段主要受 19 世纪初开始的反抗剥削与压迫的社会主义运动的影响和推动，其内容主要是经济、社会和文化方面的权利，其法律表现，在东方以苏联《被剥削劳动人民权利宣言》为代表；在西方以德国的《魏玛宪法》为标志。第三阶段主要是从第二次世界大战以后反对殖民主义压迫的民族解放运动中产生并发展起来的，其内容包括民族自决权、发展权、和平权、环境权、人道主义援助权等国际集体人权，它