

中国政法大学青年教师科研基金资助项目
教育部人文社会科学重点研究基地资金资助

教育部人文社会科学百所重点研究基地


清末新政中的

修订法律馆

——中国法律近代化的一段往事

陈煜 著

中国政法大学出版社

中国政法大学青年教师科研基金资助
教育部人文社会科学重点研究基地资金资助

清末新政中的修订法律馆

——中国法律近代化的一段往事

陈 煜 著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

清末新政中的修订法律馆:中国法律近代化的一段往事 / 陈煜著.
—北京: 中国政法大学出版社, 2009. 1
ISBN 978-7-5620-3223-3
I. 清... II. 陈... III. 法制史 - 研究 - 中国 - 清后期 IV. D929.52
中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第004850号

书 名	清末新政中的修订法律馆:中国法律近代化的一段往事
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088 zf5620@263.net http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	880×1230 32 开本 12.5 印张 310 千字
版 本	2009 年 2 月第 1 版 2009 年 2 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-3223-3/D·3283
定 价	30.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

中国政法大学法律史学研究中心
博士文丛编委会

顾问 张晋藩

主编 朱 勇

执行主编 张中秋

编 委 (按姓氏笔画排序)

[美] 包 恒 刘广安 朱 勇

[日] 寺田浩明 李贵连 许章润

何勤华 陈景良 郑 定 林 乾

张中秋 张晋藩 范忠信 郭成伟

徐世虹 徐忠明 高鸿钧 崔永东

[韩] 崔钟库 黄源盛 曾尔恕

曾宪义 霍存福

《博士文丛》序

《博士文丛》是我国教育部人文社会科学重点研究基地·中国政法大学法律史学研究中心推出的丛书之一，它以优秀的法律史学博士论文为甄选对象。目的是及时反映和交流他们的研究成果，借以拓宽法律史学的研究领域，弘扬法文化，培养新的年轻的研究队伍。

近年来，一批优秀的法律史学博士生或潜心于某一专题的研究、或驰骋于中西法文化交流的广阔领域。他们的论文反映了学术根基之坚实和勇于创新的精神，尽管仍有这样那样的不足或瑕疵，但仍不失为法律史学宝库中的新贡献。我们希望源源不断的法律史学博士论文能够成为《博士文丛》的源头活水，使它朝着预定的宗旨不断地充实提高。

张晋藩

2005年4月30日

序

修订法律馆是清末修律时不可绕过的一个机构，在吾国法律发展史上留下惊鸿一瞥后又逐渐消逝于历史的烟尘。长久以来，但凡治中国法制史者，对该馆绝不致陌生，然而各类论著，多将论述重点集中于修订法律馆和所订新律的关系上，对该馆本身的修律准备、开办情况、内部组织、运行模式、人事关系以及该馆与外界的互动状况及其功业得失等问题，却大多语焉不详，令人在赞叹论者其他观点精深的同时，对修订法律馆专门问题有隔靴搔痒之叹。

而陈煜同志的这本论著，则是在其博士学位论文的基础上，精心修改而成，他的论文选择修订法律馆这个机构作专门的研究，在广泛搜寻了原始材料，精读了各家的论著以后，翔实地叙述了修订法律馆自开办到完成修律的整个过程，提出了许多富有新意的解释，令人对许多原来似是而非的修订法律细节有了更为清晰的认识，而且通过对一个修订法律机构的全方位考查，也加深了我们对吾国整个法律近代化过程“同情的理解”，可谓“小切口，大视野”。

通过研究修订法律馆，我们更能体谅到中国法律的艰辛历程，从而能够明白法律的近代化，其实只有阶段性而没有完全结束，修订法律馆当年面对的困难与经历的挫折，仍然是横亘在今天立法机构面前的难题。而当年法律馆最值得肯定的就是其顽强汲取新的法

律知识，最终在一个不那么良好的环境中，以极大的魄力用新知识武装立法者，成就了一个新的法律体系，这是今天最值得尊重的。然而法律馆依旧是西方化色彩过重的机构，它的种种经历，又留下了一个依然期待解决的“世纪难题”：法律移植与法律本土化怎么样才能适当结合？

当然，评论易而撰著难，个中酸甜苦辣也许只有论著作者自己心知，而作为其学位论文之指导老师，我能体会本论著写作之不易。毕竟，直接关于此机构的文字记载实属稀少，各类材料又太过零碎，要想复原一个生动的修订法律馆何其难哉！所幸陈煜同志能以较大的学术勇气，挑战这一学术难题，其志可嘉。当然，本论著仍有许多细节不够完善，较之于修订旧律，起草新律的过程部分稍嫌单薄；人事组织上并没有将修订法律馆整个人员关系全都体现出来；对于修订法律馆在民国的延续似乎仍可以作为清末修订法律馆的历史业绩，值得再续上一笔，而本书则略而未谈。凡此种种，都揭橥了：虽然本论著是我所看到的国内迄今为止叙述修订法律馆这一问题最为详实的一本，但是所谓学海无涯，在这一论题上，仍有大量的空间可待开拓，衷心希望作者继续努力，获得更大成绩。

得见弟子论文出版，不胜欣慰，援笔记之，是为序。

目 录

《博士文丛》序	(I)
序	(II)
引 言	(1)
第一章 清末新政中的修律准备	(8)
第一节 危机中的变革	(8)
第二节 变器与变道之间	(13)
第三节 君宪救国的热潮	(18)
第四节 帝国栋梁的眼光	(24)
小 结	(28)
第二章 从律例馆到修订法律馆	(29)
第一节 律例馆的兴衰	(29)
第二节 修订法律馆的开办	(38)
第三节 存留之间：官制改革前后的修订法律馆	(48)
第四节 挫折与新生	(56)
小 结	(69)
第三章 修订法律馆的组织设计与运行模式	(71)
第一节 修订法律馆的组织设计	(71)
第二节 修订法律馆的运作办法	(81)
第三节 修订法律的方式——微观视角	(121)

小 结	(159)
第四章 修订法律馆的组织群体	(161)
第一节 世间已无薛和赵	(161)
第二节 修订法律馆教父：沈家本	(181)
第三节 政法精英的加盟	(198)
第四节 修订法律馆中的外籍专家	(236)
小 结	(243)
第五章 冲突与妥协：修订法律馆与外界的互动	(245)
第一节 部院权力之争及法律事务往来	(245)
第二节 修律机构中的同质与异质	(266)
第三节 来自王公疆臣的压力	(297)
第四节 白票党与蓝票党：礼法之争	(310)
小 结	(321)
第六章 成就与遗憾：修订法律馆的功业得失	(323)
第一节 旧律的改造和新法的诞生	(323)
第二节 法学知识的传播和法律人才的养成地：京师 法律学堂	(341)
第三节 习惯调查的渊藪	(353)
第四节 未竟的遗憾	(360)
小 结	(368)
结 论	(370)
参考书目	(379)
后 记	(388)

引 言

一、本书写作缘起

修订法律馆是清末修律时不可绕过的一个机构，其所经历的一段时光也是吾国法律发达史上至为重要的转折阶段。长期以来，我们近代法制史研究关注的更多是清末修律的结果，对修律机构本身和修律过程往往语焉不详。笔者自 2001 年开始攻读法律史硕士学位学习以来，心里总是在琢磨：何以延续数千年备受世界瞩目的中华法系传统法制如今在制度层次上竟然会难觅踪迹了呢？这个问题困扰了我整整六年，期间笔者通过研究中国法律文化的变迁、民间法中体现出的传统韵味、本土资源发掘的可能性等方面，试图找到这个问题的答案，但收获寥寥，迄今无法给予自己一个满意的回答。于是，我将问题进一步具体化，企图通过对各个具体问题的研究，最终找到答案，因此这个问题就被缩小为“法律的近代转型这一个变化是怎么发生和发展的？”此中头绪很多，有没有某种事物，可以将清末新政以及之中变法修律的各个方面都尽可能折射进来呢？笔者经过仔细思考，发觉修订法律馆这个机构庶几可以承担这个使命。于是一项关于修订法律馆的专题研究就在笔者头脑中开始酝酿，尽管笔者深知这样做可能有将多维的修律过程线性化的危险，但却也可以理清发生发展的脉络。最要紧的，即如《金剛

经》所云：“应云何住，云何降服其心”，也就是扪心自问：“你这样做是否能说服你自己？”针对此问题，我开始收集有关资料，旨在考察清末修律的机构修订法律馆相关内容，勾勒法律馆的沿革变迁过程、机构组织形式、人员的配备、活动方式、修律贡献、内外权力斗争及其与其他机构的关系等一系列图景，得出一个全面立体的法律史，将这个意蕴丰富、承载了近代法制发展方方面面的机构从历史迷雾中凸现出来，并且将法律馆置于清末新政的大背景下，探索法制近代化过程中出现的诸多问题及其原因。若能在现有的成果上再往前深入一步，则笔者六年思考、三年博士研究生涯，便有了意义，这就是本书写作缘起。

二、主要研究现状

遗憾的是，尽管法律馆在我国法律发展史上占据着重要的地位，但国内外尚无专门研究法律馆的专著。提到法律馆的作品，都是侧重于法律馆某个部分而不及其余，但其中不乏佳作，试举数例如下：

李贵连先生的《沈家本传》第七章和第九章中，专章论述了法律馆的一些情况，作为首席修订法律大臣，沈家本自是对法律馆贡献最巨，成果最多，沈家本主持法律馆时期也是其毕生最重要之时期，故李著对沈在这一阶段事业的叙述详尽，资料翔实，甚显学术功力。此书也是本书主要参考资料之一。但李著侧重阐述沈家本的贡献及沈与其他大员的冲突和矛盾，对法律馆的其他成员以及法律馆的历史变迁、组织方式则略而未谈。^{〔1〕} 本书试图在这些方面

〔1〕 李贵连：《沈家本传》，法律出版社2000年版。

加以深入研究。

程燎原先生的《清末法政人的世界》一书第九章《“修订法律馆”的法政精英》，专章介绍了修订法律馆中的法政人员，提供了较为完备的人物索引，间或提及法律馆的成就，较为明晰，但对于修订法律馆与其他机构的关系以及如何周旋于复杂的官场实际情形，则一笔略过，不无遗憾。^{〔1〕}

张晋藩先生的《中国近代社会与法制文明》一书的第八章至第十一章，多围绕法律馆展开，该书内容丰富，对法律馆活动的背景及其内外冲突与矛盾多有细致的描述，例如部院之争与礼法之争，对修订法律过程中的主导思想也论述有力，如沈家本的思想，此四章节见制度、见思想、见人物，但因为此书视角是宏观视角，故对法律馆内部的组织机构、组织形态、组织功能考察得不够，本书力图在此细节方面再进一步深入。^{〔2〕}

眭鸿明先生的《清末民初民商事习惯调查之研究》一书第二章第二节，详细叙述了清末在法律馆主持之下，进行的民商事习惯的调查，作为编订法典的前奏，该书侧重于细节，提及关于法律馆一项重要的活动，可以看作是微观研究方面的一个范例。但因主题所限，该书仅仅叙述法律馆民事习惯调查的活动，对法律馆其余贡献，则未述及，亦甚可惜。^{〔3〕}

王健先生的《中国近代的法律教育》，也是一本重要的参考文献，它提供了许多材料及其来源，在法律馆的活动中，设立京师法律学堂是一项伟大的成就，王著对本书论及法律学堂部分给予很多启示。^{〔4〕}

〔1〕 程燎原：《清末法政人的世界》，法律出版社2003年版。

〔2〕 张晋藩：《中国近代社会与法制文明》，中国政法大学出版社2003年版。

〔3〕 眭鸿明：《清末民初民商事习惯调查之研究》，法律出版社2005年版。

〔4〕 王健：《中国近代的法律教育》，中国政法大学出版社2001年版。

美国学者任达的《新政革命与日本·中国，1898～1912年》一书，则主要考察新政与日本的关系，该著作为本书交代修订法律馆的新政背景不无裨益。

此外，研究近代法制史的专家如朱勇、韩秀桃、李启成、李显冬、张德美、张生、郭志祥等学者均有涉及法律馆的文章。此处不再一一列举。以上仅大略叙述学术研究现状，但遍检文献，虽屡有关涉，但详细研究法律馆组织沿革、变迁、功能、结构、组织模式的作品则暂付阙如，职是，本书具有很大的开拓空间，对笔者也是一个巨大的挑战。

三、考察对象与研究方法

本书试图摆脱了静态与动态、描述与分析、制度与思想、进步与局限等传统意义上法律史研究方式或对象，而是就一个具体的机构，用多种视角立体的考察，其中方法多样。也就是说在一个机构中，见制度、见思想、见人物、见文化。笔者认为修订法律馆，要考察历史、本体、运行三方面。所谓历史，重在描述法律馆的来龙去脉，首先解释法律馆成立之前清末新政的情况，继而说明法律馆是清末新政中为配合新政以及后期立宪运动而设立之机构，故而必须交代当时的政治、制度和文化背景，然后就法律馆的成立、隶属部门到最后单独分立做一个历史的梳理。所谓本体，着重介绍法律馆的组织设计、内部组织制度、组织类型、管理活动，侧重于解释法律馆是如何组织起来并参与活动的；所谓运行，着重叙述法律馆修律的过程和成果，法律馆内外权力斗争，法律馆与其他法政机构、其他部门机构的相互合作与斗争，社会上对法律馆机构和成就的评价等方面。而本书具体采用的方法则有组织社会学、比较法、法制现代化理论等方法。

其一为组织社会学方法，这是本书在方法论上对修订法律馆研究的一大创新之处。因为法律馆是近代重要的组织机构，故用组织的方法可以更好地明了这个机构的功能与结构。运用此法，要求对组织的内部和外部都有一个系统的研究，要涵盖组织的方方面面，如组织设计、组织目标、组织形式、组织类型、组织定位、组织结构、组织功能、组织活动、组织运行、组织规则、组织制度、组织管理、组织文化、组织环境、组织变革、组织发展、组织与社会角色、组织与社区、组织与其他团体等。在清末新政中，法律馆不妨可以看作是局部秩序中的权变性机构，正如埃哈尔·费埃德伯格所认为的组织现象的发生，“可以看作是在构建局部秩序过程中的一种权变性结构，总带有暂时性，而局部秩序，其相对自主的特点，构建着所有利益集团集体行动的能力，组织，既是一种容器，又是容器的内容，既是结构，又是过程，既是对人类行为的制约力量，同时又是人类行为的结果”。^{〔1〕}只有用这种方法研究法律馆，才能更清楚理解法律馆馆员内部，以及法律馆与其他机构的冲突对抗，竞争与联合。

其二为比较法，讲求通过两方或多方的比较，获得一个全面的认识，避免夜郎自大、只缘山中。比较的类型主要有二：一为横向比较，从空间角度出发进行的历史比较研究，在研究法律馆时，可以与其他组织机构和模式加以比较；二为纵向比较，指从时间的序列出发，对不同历史时期的现象进行比较，研究法律馆必须与在其之前的律例馆相比较鉴别。此外还可以从宏观上和微观上进行比较，从正面和反面事实方向进行比较。通过比较更好的说明法律馆的一系列情况。

其三为法制现代化相关理论方法。该方法很难说是一种独立的

〔1〕〔奥地利〕埃哈尔·费埃德伯格著，张月等译：《权力与规则——组织行为的动力》，上海人民出版社2005年版。

方法，但该方法强调从一个整体历史的角度来看待法制的变迁。也就是说虽然不排除近代法律发展过程中出现过某种倒退和停滞，但是总体上近代化过程却是一直向前的，且有规律性，即具体到法律革命，基本上呈现出这样一个脉络，这就是张晋藩先生所论述的八个转型：从固守成法到师夷变法，从维护三纲到批判三纲，由盲目排外到中体西用，由专制神圣到君宪共和，由以人治国到以法治国，由义务本位到权利追求；由司法行政不分到司法独立，由以刑为主到诸法并重。^{〔1〕}法律馆处于现代化过程中，它的刺激一反映模式和馆员的行事做人都不可能避免带有这种现代化的特征，这是我们着重考虑的。

四、研究的意义

本书基本上是一个纯粹学术的研究，不同于一般的部门法学，法律史学对整个法学研究、法制建设乃至政治体制改革的作用更为深远但也比较间接，通常需要很长时间才能表现出来。从这个意义上，本书的现实意义不可能如应用法学那么立竿见影，不能指望一篇论文真能“半部《论语》治天下”。但是即使是纯粹的学术研究，其现实意义也是深远的。韦伯在《学术与政治》里论道：“只有严格的专业化能使学者在某一时刻，大概也是他一生中唯一的时刻，相信自己取得了一项真正能够传之久远的成就。今天，任何真正明确而有价值的成就，肯定也是一项专业成就。因此任何人，如果他不能给自己戴上眼罩，也就是说，如果他无法迫使自己相信，他灵魂的命运就取决于他在眼前的这份草稿的这一段里所做的这个

〔1〕 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》（第二版），法律出版社2005年版。

推断是否正确，那么他就同学术无缘了。”^{〔1〕} 在这个学术已经高度专业化的年代，如果在某个细节问题上再深入一点，那么虽然表面上对整个社会无关紧要，但事实上对提升学术的品格，对学术转化为一种思想和技术，更具有操作层面的意义。何况，前事不忘，后事之师。当日修订法律馆感到困惑的问题，今天又何尝不存在？当年修订法律馆的努力，今日又何尝不能借鉴？大而言之，笔者撰此论文，自然希望得“鉴于往事，有资于治道”的“求治”功效；如果不行，那么只要能对“法律的近代转型这一个变化是怎么发生和发展的”这一问题给出一个合理的描述和解释，即如世尊答须菩提曰：“应如是住，如是降服其心”（《金刚经》），那在笔者，也能心安了。

〔1〕 参见〔德〕韦伯著，冯克利译：《学术与政治》，三联书店2005年版，相关章节。

第一章 清末新政中的修律准备^{〔1〕}

第一节 危机中的变革

光绪二十六年七月二十一日（1900年8月15日），凌晨时分，紫禁城东门东华门外枪炮声声，联军士兵正在攻城。突然，以往戒备森严的紫禁城北门神武门开启，一行人拥数辆马车一路往北冲出德胜门，又北行八达岭官道。其中一辆车内坐着一老妇，布衣素装，神情肃穆，她就是西太后慈禧。她刚刚经历过一个疯狂的仲夏。先是义和团起于山东，继而浸淫入畿辅，很快京师遍地都是拳民，秩序开始失控，德公使日书记官遭戕。八国抗议，调兵入津，旋即攻破大沽炮台。慈禧闻报，联想此前洋人保护康梁逆党、干预废立皇储、庇护境内教民等种种情事，不禁出离愤怒，遂于五月二十五日下诏向八国开战。两月不到，联军兵临城下。太后回天无力，只得于此际仓惶出逃。^{〔2〕}

一路西行，满目凄凉，三日后抵河北怀来，县令吴永迎之，慈

〔1〕 关于新政，内容浩繁，因本书主题为修订法律馆，故不拟描绘新政全貌。本章叙新政主要围绕新政事关改革法律的部分做一简单叙述，以明修订法律馆成立前后的时代背景。

〔2〕 关于事情本末，可参见《清德宗实录》、《光绪朝东华录》（四）、李希圣《庚子国变记》、吴永《庚子西狩丛谈》等书。