
中国近代法律思想史略

张晋藩 杨堪 林中

3.10/11

责任编辑 李学洵
责任校对 李宗贤
封面设计 乔楠
版式设计 韩锐

中国近代法律思想史略

Zhongguo Jindai Falü Sixiangshilüe

*

中国社会科学出版社出版
新华书店北京发行所发行
湖南省新华印刷一厂印刷

850×1168毫米 32开本 8.75印张 212千字

1984年12月第1版 1984年12月第1次印刷

印数1——11,400册

统一书号: 6190·025 定价: 1.20 元

目 录

绪 论	(1)
第一章 近代地主阶级改革派的法律思想	(11)
第一节 概述	(11)
第二节 龚自珍的法律思想	(18)
第三节 包世臣的法律思想	(28)
第四节 魏源的法律思想	(38)
第二章 太平天国农民起义领导人的法律思想	(49)
第一节 概述	(49)
第二节 洪秀全的法律思想	(52)
第三节 洪仁玕的法律思想	(70)
第三章 戊戌变法前后资产阶级改良派和洋务派的法律思想	(84)
第一节 概述	(84)
第二节 康有为的法律思想	(91)
第三节 谭嗣同的法律思想	(106)
第四节 严复的法律思想	(118)
第五节 梁启超的法律思想	(130)
第六节 沈家本的法律思想	(147)
第七节 曾国藩的法律思想	(183)
第八节 张之洞的法律思想	(191)
第四章 辛亥革命前后资产阶级革命民主派的法律思想	(204)
第一节 概述	(204)
第二节 孙中山的法律思想	(208)

第三节 章太炎的法律思想.....	(235)
第四节 伍廷芳的法律思想.....	(253)
结束语.....	(265)
后记	(271)

绪 论

一

一八四〇年爆发的鸦片战争是中国近代史的开端，也是中国近代法律思想史的起点。作为研究法律思想发展规律的一门科学，中国近代法律思想史所要研究的，就是从第一次鸦片战争至一九一九年五四运动前近八十年间我国各种法律思想的产生、发展、相互间的斗争与兴衰演变的历史。

在阶级社会中，法律是统治阶级意志的体现，是阶级统治的工具。它作为一定社会的上层建筑，积极地维护统治阶级赖以存在的经济基础，维护统治阶级所需要和建立的政治制度及社会秩序，集中地体现着统治阶级的利益，具有鲜明的阶级性。由于任何一种法律制度都对社会中不同的阶级、阶层有着不同的利害关系。因此，不同的阶级、阶层对于同一种法律制度也必然抱有不同的态度，具有不同的认识，从而形成了不同的法律观点、主张和派别，在彼此之间展开论争以至斗争。在阶级社会中，不同的法律思想的产生和彼此之间的斗争，实际上是各个阶级、阶层的矛盾和斗争在法律思想领域的反映。

在中国旧民主主义革命时期，各个阶级之间斗争的根本问题是，维护帝国主义和封建主义在中国的统治、维护半殖民地半封建的社会制度，还是推翻帝国主义和封建主义的统治，变革这个腐朽的社会制度，建立独立的资本主义国家。

围绕这个根本问题所展开的斗争，反映在法律思想领域，就表现为是维护为帝国主义和封建主义统治服务的清王朝反动法律

制度，还是变革这一反动的法律制度，建立新的资产阶级法律制度。具体说来，就是怎样对待和认识清王朝封建专制主义的法律制度，怎样对待和认识帝国主义的侵略以及对我国主权的全面破坏，怎样对待和认识建立资产阶级的法律制度。这些问题，以极其尖锐的形式提到了各个阶级、阶层面前，迫使他们表明自己的态度，阐述自己的观点，提出自己的主张。从当时来说，凡是维护清王朝反动法律制度，为帝国主义侵略中国辩护，为清王朝出卖国家主权辩护，从而有利于帝国主义、封建主义统治的法律思想，都是反动的。凡是批判和要求变革清王朝法律制度，反对帝国主义的侵略，维护我国主权和独立，主张建立新的资产阶级法律制度的法律思想，都是进步的。在旧民主主义革命的八十年中，贯串在法律思想领域的主要就是这样两种法律思潮的斗争。就这两种思潮的阶级性质来看，是资产阶级的法律思想，包括有资本主义倾向的法律思想，同封建的买办的法律思想的斗争。

应当指出中国近代法律思想由于社会性质、国情和复杂尖锐的斗争所决定，有着自己的某些特殊性。第一、由于中国封建社会延续的时间很长，而且中国近代社会还保留着半封建的性质；封建土地所有制依旧是这个社会的经济基础；地主阶级虽然腐朽了但还有很大势力；封建专制主义的法律制度依然存在。这些因素决定了封建主义的传统法律观念仍旧为清统治集团中的多数人所信奉和坚持，并且在整个社会中还有很深的影响，即使当时进步的人士身上，也都保留着不少旧思想的痕迹。不仅早期资产阶级改良派如此，后来的维新派人士康有为、谭嗣同、严复以至革命民主派的章太炎也同样如此。这就使得中国近代反对封建法律思想的斗争，变得更加复杂和艰巨。第二、中国近代法律思想的产生和发展，除了国内的种种社会原因以外，还和一些中国人走向西方寻找真理的道路有着密切关系。例如，资产阶级改良派提倡变法，是从介绍西方资产阶级政治、法律制度开始的，而且将参

用西法作为变法的主要内容。至于他们用以论证变法的依据，很大一部分也是来自西方。资产阶级革命民主派，就更是如此了。因此，在研究中国近代资产阶级法律思想的产生和发展的课题时，既要从中国社会本身的经济、阶级关系等方面去探讨，看到它受中国固有的传统思想的影响的一面，又要注意它和西方资产阶级政治、法律学说的关系。第三、在中国旧民主主义革命时期，由于社会发生急剧变化，阶级斗争和民族斗争既尖锐又曲折复杂，使得法律思想领域也出现了新旧杂沓、错综复杂的现象。在一个思想家身上，往往交织着各种矛盾。譬如有的人在提出进步主张的同时，又常常夹杂着不少错误的东西；有的人在某些方面的思想比较进步，而另一些方面的思想又比较保守；有的人在某一时期起了进步作用，而在另一个时期却落伍倒退站到相反的立场，等等。这就要求我们全面地历史地审慎地去观察和探索，从而作出比较合乎历史实际的评论。第四、在中国近代，多数思想家的法律思想，常常是和政治的、伦理的、经济的思想混杂在一起，比较分散，而又缺乏系统性。这就需要我们大量的图书文献中去寻找发掘，然后再加以集中整理，才能弄清一个人物的法律思想的轮廓与脉络。可以想见，这项工作是相当艰巨的。

坚持以马克思列宁主义、毛泽东思想为指导，是进行学术研究必须遵循的一条基本原则，而中国近代法律思想史由于存在上述的复杂情况，加上本学科还处于草创垦荒的阶段，坚持这条基本原则就更具有重要的意义。在全国解放前，不论是法学界或史学界对这一历史时期的法律思想进行比较系统、深入的研究的为数寥寥。很少有人发表关于中国近代法律思想史的论著，也没有收集、整理出可资利用的资料，更谈不上运用马克思主义的观点、方法去研究和揭示中国近代法律思想的发展变化规律。本学科的这种现状，更加迫切地要求我们运用辩证唯物主义和历史唯物主义的观点、方法，从发掘、收集、整理资料入手，然后进行分析、

比较、概括的研究工作，既综合考察一种派别的法律思潮，又具体研究每一个代表人物的法律思想，从而把握它们的特点和变化发展的规律。这样才能使本学科的内容逐步趋于成熟和完善。

二

第一次鸦片战争后的中国社会，阶级关系比较复杂。既有早已存在的农民阶级和地主阶级，又有后来新诞生的资产阶级和无产阶级，还有帝国主义在中国培植的买办势力和逐渐买办化的封建官僚集团。同这种阶级关系相适应，出现了各种派别的法律思想。除了从封建社会延续下来又为当时封建顽固势力所坚持的封建主义传统法律观念之外，主要的有近代初期的地主阶级改革派法律思想、太平天国农民起义中出现的反封建法律思想、洋务派的法律思想、资产阶级改良派和革命民主派的法律思想。下面先就各派法律思想的概貌，作一简介。

(一)清王朝统治集团中的保守势力，顽固地坚持“祖宗家法”，恪守成法陈规，反对革新。嘉庆皇帝在镇压了天理教起义以后，要求官员们进一步“守法奉职”，以强化旧制。他用“祖宗之法”来对抗“器器然争言改法度”的改革呼声。到第一次鸦片战争前夜，道光皇帝依然奉行“天不变，道亦不变”的教条，主张“率由旧章”。在第一次鸦片战争以后，顽固分子们仍旧坚持对外蒙昧主义，反对了解西方，反对“师夷长技”。到中日甲午战争前后，在民族危亡的严峻形势下，学习西方资本主义的政治、法律制度，进行政治上变法维新的主张，逐渐被提上了议事日程。这时顽固保守势力反对改革的言论也具有某些新的特点。他们除继续主张祖宗成法不可变，顽固维护封建纲常名教之外，又进而攻击采用西法、进行变法维新是“用夷变夏”。认为中国自有“致治保邦”之法，至于“西政”、“西法”都不足学。直到十九世纪末年，以慈禧为首

的清王朝反动统治集团，仍然竭力维护腐朽的封建政治与法律秩序，抗拒变法。到二十世纪初，在革命形势迅疾发展的压力下，清廷不得不作出“变法”姿态，玩弄“立宪”骗局。但他们的根本宗旨仍是维护封建专制统治，即所谓“大权统于朝廷，庶政公诸舆论”。直至清朝覆亡前夜所颁布的《十九信条》，仍把“大清帝国皇统万世不易”（第一条），“皇帝神圣不可侵犯”（第二条）列在首位。这些事实，说明了腐朽封建势力是何等的顽固与反动。

（二）第一次鸦片战争前后，地主阶级内部一些比较开明的官僚、士大夫，面对着清王朝的严重统治危机与外国资本主义侵入的威胁，以惶惑的心情注视着在新的历史条件下涌现出来的新的社会问题。为了“救偏补弊”，他们主张“经世致用”，倡言“更法”，从而形成了不同于顽固保守势力的地主阶级改革派。为了找出封建统治衰落的病因，他们揭露与批判了封建社会中的腐朽现象，包括封建刑狱的黑暗，从而提出了改革刑狱的要求。他们以较为现实的态度去对待外国资本主义，反对虚骄，反对闭关锁国。为了“强国御侮”，他们在中国近代史上最先提出了研究外国和向西方学习的主张。

早在第一次鸦片战争爆发之际，林则徐等人已开始着手研究如何对付西方资本主义侵略的新课题。他在广东时，就曾“日日使人刺探西事，翻译西书，又购其新闻纸（即报刊）”，为他制定正确的对策，提供了重要的根据。在林则徐的倡导下，当时的知识界开始崭露研究西方的新风气，出现了一批介绍西方各国情况的作品，一些比较开明的人士，逐渐摆脱闭关自守的思想束缚，“睁开眼睛看世界”。在抗英斗争中，林则徐开始看到西方有中国所没有的“长技”，产生了学习西方坚船利炮的要求。清王朝在鸦片战争中的失败，更刺激了一些先进中国人探寻实现富国强兵的途径。在这种历史条件下，魏源继林则徐之后，进一步明确地提出了“师夷长技以制夷”的口号。就在这提倡了解西方和向西方学习的过程

中，林则徐、魏源等人接触到西方资本主义国家政治、法律制度方面的知识，成为中国近代进步人士研究西方资产阶级法律知识的开端。总之，近代地主阶级改革派抨击封建专制主义及其法律，批判封建保守思想，提倡向西方学习，主张进行社会改革，对进步思想的发展，起了积极的作用，特别是对后来资产阶级改良派思潮的兴起，起了重要的启蒙作用。

(三)外国资本主义的侵略，加剧了我国国内阶级矛盾的发展，广大人民对清王朝的腐朽反动更加不满。于是在鸦片战争后的十年，爆发了太平天国农民起义。太平天国农民起义的领袖洪秀全等继承了我国农民战争中所提出的朴素的“平等”、“平均”思想，也接受了某些来自西方的平等观念，提出了反映农民要求的具有一定反封建性质的法律思想。后来，受西方资产阶级思想影响较多的洪仁玕，更提出了《资政新篇》。在这一纲领性文献中，他不仅主张采用西方的生产技术和某些经济制度，而且还建议采用某些资产阶级的法制原则。这是农民起义队伍中出现的要求发展资本主义的纲领。比起魏源的“师夷”主张又向前发展了一大步。这说明作为当时中国的一种新的意识形态即资产阶级意识形态，经过一段时间的酝酿，已接近于诞生了。

(四)十九世纪六、七十年代，在中国资本主义近代企业与民族资产阶级诞生的基础上，并在西方资本主义影响之下，一个新的派别即资产阶级改良派产生了。在中日甲午战争前，这个派别一般称之为早期资产阶级改良派。从七十年代起，他们明确提出“变法自强”的要求，提倡讲习西学，振兴工商，开展商战，并由此而逐步地深入到仿行西方国家的政治制度，实行政治上的变法。如王韬于一八七〇年由英返香港之后，便开始介绍西方的君民共主的制度，建议参用西法，变清朝律例之繁文。后来，其他一些人又进一步介绍了西方国家的政治、法律制度，明确要求在中国立议院，实行君主立宪制，主张改革旧刑法，编订商律与研究公

法等，有的人还开始对中西法律进行初步的比较研究。这些事实表明他们比起第一次鸦片战争时期的地主阶级改革派对西方的政治、法律制度已有了进一步的了解，反映了初兴的资产阶级希望改革法制以保护自己利益的最初意愿。到中日甲午战争后，在民族资本主义经济有了初步发展，民族资产阶级力量有所增强，民族危机进一步加深的形势下，为了救亡图存，也为了发展民族资本主义经济，以康有为、梁启超为首的资产阶级改良派发动了一次变法维新的政治运动。他们在倡导变法维新的过程中，介绍了西方资产阶级的进化论、天赋人权论、分权论以及资产阶级的民权、平等、自由的思想，更具体地提出了建立君主立宪制与较全面地采用资产阶级法律制度的变法要求。与此相应，资产阶级改良派的法律思想也有了进一步发展。在这期间，严复写了《原强》、《辟韩》等文，特别是后来翻译《法意》时所写的按语，比较鲜明地表达了资产阶级的法学观。梁启超在阐述资产阶级法律思想的同时，还强调建立资产阶级法律制度的重要性。谭嗣同否定作为封建立法原则的纲常名教，主张代之以资产阶级的平等、自由原则。康有为则在上清帝书中明确建议在中国建立资产阶级法律体系。这些情况，说明戊戌时期维新派的法律思想比起早期改良派又有明显的提高，对中国近代法律思想史的发展，作出了重要贡献。到二十世纪初，站在新学一边的清朝官僚沈家本，在他主持修订清朝法律期间，力图改变中国传统的封建法律体系，比较广泛地引进了资本主义法律原则。但是，资产阶级改良派并不想推翻清王朝，而是希冀以君权变法实现自上而下的改革。这就决定了他们的变法维新运动只能以失败告终。

大约在资产阶级改良派思潮产生的同时，体现封建买办官僚集团意志的洋务派的法律思想也出现了。洋务派的法律思想的理论基础是“中体西用”论，他们的法律主张是为清王朝对内加强镇压与对外屈辱投降的政策服务的。而作为洋务派后期代表人物的

张之洞的法律思想，在一定程度上更是针对资产阶级改良派的变法维新思想而提出的。他们的法律思想除了具有明显的封建性之外，还具有买办性。

(五)十九世纪末、二十世纪初，中国民族资本主义有了明显的发展，与此相适应的民族资产阶级中下层的力量也迅速成长起来。在这个基础上形成了以孙中山为首的资产阶级革命民主派。他们主张用武装斗争的方法，推翻清朝的封建专制统治，建立民国，发展资本主义。一九〇五年，在孙中山主持下建立了同盟会，提出了“驱逐鞑虏，恢复中华，创立民国，平均地权”的纲领，并于同年正式提出了三民主义学说，同以康有为、梁启超等人为主要代表的保皇派展开了激烈论战，有力地批驳了后者所鼓吹的只能立宪，不能革命的谬论，赢得了广泛的同情与支持，为一九一一年的辛亥革命作了重要的思想、理论上的准备。

随着资产阶级革命民主派思潮的形成与发展，这一派别的法律思想也具有丰富的内容。邹容、章太炎都阐述了“运用资产阶级法制建设民主中国”的思想；孙中山则猛烈地抨击了清朝封建专制主义法律，阐发了“五权宪法”的思想，提出了建设资产阶级法制的一系列主张，并且在他主持南京临时政府期间进行了建设资产阶级法制的实践。但是，随着袁世凯的窃国篡权，资产阶级革命派建立资产阶级民主与法制的活动，受到了严重挫折。

以上是中国近代法律思想史的发展概貌，从它的主线来看，就是在当时具有进步意义的资产阶级法律思想从酝酿、产生到发展的历史，是具有民主性的法律思想在同腐朽、反动的法律思想的斗争中取得发展的历史。

三

中国近代史是中国人民为推翻帝国主义和封建主义的统治，

为振兴中华,根本改变我国贫困落后面貌而战斗的历史,中国近代法律思想史作为近代史中的一种专史,也从一个侧面反映了这个斗争的历程。因此,学习中国近代法律思想史将使我们看到先进的中国人为了振兴经济,是怎样争取立宪和要求建立新的法制以保护民族资本主义近代工商业的发展,是怎样将变革封建旧法制,建立新法制看成促进社会经济发展和国家文明进步的重要条件。从而使我们从历史经验中更深刻地认识到法制和发展经济的关系,进一步理解在当前我国社会主义现代化建设中,加强社会主义法制的重要性。

中国近代法律思想史是一部具有民主性的进步法律思想和腐朽反动的法律思想斗争的历史。因此,学习和研究中国近代法律思想史,将使我们具体地看到当年的进步思想家是怎样批判清王朝封建专制主义法律制度,怎样抨击帝国主义在我国司法领域窃取的特权。怎样同封建的、买办的法律思想进行斗争,以及西方资产阶级法律学说、资产阶级民主共和国方案和法律制度是怎样被介绍到中国来,又是怎样失败的。在这当中,既有民主性精华和有益的经验,也包含有可作为鉴戒的失败教训。这些内容,对于我们今天继续开展抵制资本主义腐朽思想的侵蚀,进一步清除封建主义思想余毒,进行社会主义精神文明建设,是会有帮助的。

在中国近代法律思想发展史上,一些思想家在批判封建主义法律制度,探讨改革旧法律制度,研究建立资产阶级法律制度的过程中,提出了一些值得研究的法律课题,发表了一些有益的、包含有合理因素的见解和主张,从而为我们开展法学研究,进行法制建设提供一些可资借鉴或利用的思想资料,对于这份文化遗产,我们应该批判地吸收,以利于社会主义法学和法制的发展。

“中国现时的新政治新经济是从古代的旧政治旧经济发展而来的,中国现时的新文化也是从古代的旧文化发展而来,因此,

我们必须尊重自己的历史，决不能割断历史。”^①近代的中国是中国的昨天。因而研究中国近代法律思想史，从这一侧面总结历史的经验，总结我国近代法律思想遗产，让它来为我国社会主义文化建设和法制建设服务，无疑具有重要的意义。

^① 《新民主主义论》，《毛泽东选集》第2卷。

第一章

近代地主阶级改革派的法律思想

第一节 概述

恩格斯说：“唯物史观是以一定历史时期的物质经济生活条件来说明一切历史事变和观念、一切政治、哲学和宗教的。”^①马克思也说：“我们判断一个人不能以他对自己的看法为根据，同样，我们判断这样一个变革时代也不能以它的意识为根据；相反，这个意识必须从物质生活的矛盾中，从社会生产力和生产关系之间的现存冲突中去解释。”^②因此，要了解在第一次鸦片战争前后，中国法律思想从古代向近代阶段的转变，有必要先了解当时的社会经济关系、阶级关系以及阶级斗争发展变化的情况。

在清代嘉庆、道光年间，中国封建制度已到了“开罢茶藤花事了”的时节。社会危机一天天地严重起来。封建社会所固有的矛盾越来越尖锐、激化。在封建经济制度之下，农民没有土地或只有很少量的土地。他们不仅遭受地主阶级的残酷压榨和高利贷资本、封建垄断性商业资本的剥削，同时又是清政府苛赋聚敛和官僚胥吏敲诈勒索的对象。道光年间因鸦片贸易而引起的银贵钱贱，

① 《论住宅问题》，《马克思恩格斯选集》第2卷。

② 《〈政治经济学批判〉序言》，《马克思恩格斯选集》第2卷。

又加重了农民的困苦。加上水旱灾害不断发生，使得大批农民贫困破产，陷于绝境。同农民日趋穷困相伴随的土地兼并活动，愈演愈烈。土地过分集中的现象比以前更加严重。例如，嘉庆朝的官僚百龄占地达数千顷，道光朝的贵族琦善占地竟多达二万五千余顷。至于占地数百顷或数十顷的地主，所在皆是。沉重的封建剥削和激烈的土地兼并，迫使大批农民背井离乡，沦为流民。而流民的不断增加，历来都是对封建政府的一种严重威胁，因为它是可能发展为农民起义的潜在因素。

在封建制度开始解体的时候，资本主义萌芽也在其母体中逐步地有所发展。就嘉庆、道光年间的情况来看，东南地区的商品经济和资本主义因素已有一定的增长，市民阶层也随之扩大。但是，由于经济的、政治的种种原因，从全国来说，资本主义萌芽的发展很缓慢，封建自然经济在整个社会经济中仍然居于统治地位。在第一次鸦片战争前后，还没有出现本国的资本主义近代新式工业，资产阶级作为一个阶级还没有形成。

在鸦片战争前的几十年间，清王朝的政治也越来越腐败。清王朝沿袭明制，封建君主专制制度极端发展。皇帝“乾纲独断”，集立法、刑赏、用人、决策、统兵等一切大权于一身，君臣关系甚至发展成主奴关系。专制君权的极端发展，进一步加深了封建官僚政治的腐败。官僚们对上阿谀逢迎，因循苟且。正如龚自珍所披露的：“官益久，则气愈媮；望愈崇，则谄愈固；地益近，则媚亦益工”。^①然而对待百姓，却又如张际春所说的那样：“贪以腴民之脂膏，酷以干天之愤怒，舞文弄墨，以欺朝廷之耳目，虽痛哭流涕言之，不能尽其情状”。^②吏治的腐败，又转而促进了社会矛盾的发展，加深了清朝的统治危机。

清王朝政治的腐败，也表现在刑狱方面。皇帝可以因一时喜

① 《明良论二》，《龚自珍全集》第1辑。

② 《答黄树斋鸿胪书》，《张亨甫全集》。