

总主编
曾宪义
王利明

21世纪法学系列教材

法学研究生用书

主 编 赵晓耕
副主编 王平原
聂 鑫

中国近代法制史 专题研究

 中国人民大学出版社

总主编 曾宪义 王利明

21世纪法学系列教材

法学研究生用书

中国近代法制史 专题研究

主 编 赵晓耕
副主编 王平原 聂 鑫

撰稿人 (按撰写先后顺序)

王平原 顾荣新 聂 鑫
易 清 周子良 肖洪泳
何莉萍 李 彤 刘 涛
高汉城 赵晓耕 曲 词
张 璐

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中国近代法制史专题研究/赵晓耕主编.

北京: 中国人民大学出版社, 2009

(21 世纪法学系列教材·法学研究生用书/曾宪义, 王利明总主编)

ISBN 978-7-300-11021-9

I. 中...

II. 赵...

III. 法制史-专题研究-中国-近代-研究生-教材

IV. D929.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 128948 号

21 世纪法学系列教材·法学研究生用书

总主编 曾宪义 王利明

中国近代法制史专题研究

主 编 赵晓耕

副主编 王平原 聂 鑫

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

电 话 010-62511242 (总编室)

010-82501766 (邮购部)

010-62515195 (发行公司)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京东君印刷有限公司

规 格 185 mm×240 mm 16 开本

印 张 26.25 插页 1

字 数 566 000

邮政编码 100080

010-62511398 (质管部)

010-62514148 (门市部)

010-62515275 (盗版举报)

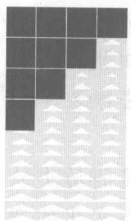
版 次 2009 年 9 月第 1 版

印 次 2009 年 9 月第 1 次印刷

定 价 39.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



总 序

曾宪义

在人类文明与文化的发展中,中华民族曾作出过伟大的贡献,不仅最早开启了世界东方文明的大门,而且对人类法治、法学及法学教育的生成与发展进行了积极的探索与光辉的实践。

在我们祖先生存繁衍的土地上,自从摆脱动物生活、开始用双手去进行创造性的劳动、用人类特有的灵性去思考以后,我们人类在不断改造客观世界、创造辉煌的物质文明的同时,也在不断地探索人类的主观世界,逐渐形成了哲学思想、伦理道德、宗教信仰、风俗习惯等一系列维系道德人心、维持一定社会秩序的精神规范,更创造了博大精深、义理精微的法律制度。应该说,在人类所创造的诸种精神文化成果中,法律制度是一种极为奇特的社会现象。因为作为一项人类的精神成果,法律制度往往集中而突出地反映了人类在认识自身、调节社会、谋求发展的各个重要进程中的思想和行动。法律是现实社会的调节器,是人民权利的保障书,是通过国家的强制力来确认人的不同社会地位的有力杠杆,它来源于现实生活,而且真实地反映现实的要求。因而透过一个国家、一个民族、一个时代的法律制度,我们可以清楚地观察到当时人们关于人、社会、人与人的关系、社会组织以及哲学、宗教等诸多方面的思想与观点。同时,法律是一种具有国家强制力、约束力的社会规范,它以一种最明确的方式,对当时社会成员的言论或行动作出规范与要求,因而也清楚地反映了人类在各个历史发展阶段中对于不同的人所作出的种种具体要求和限制。因此,从法律制度的发展变迁中,同样可以看到人类自身不断发展、不断完善的历史轨迹。人类社会几千年的国家文明发展历史已经无可争辩地证明,法律制度乃是维系社会、调整各种社会关系、保持社会稳定的重要的工具。同时,法律制度的不断完善,也是人类社会文明进步的显著体现。

由于发展路径的不同、文化背景的差异,东方社会与西方世界对于法律的意义、底蕴的理解、阐释存有很大的差异,但是,在各自的发展过程中,都曾



比较注重法律的制定与完善。中国古代虽然被看成是“礼治”的社会、“人治”的世界，被认为是“只有刑，没有法”的时代，但从《法经》到《唐律疏议》、《大清律例》等数十部优秀成文法典的存在，充分说明了成文制定法在中国古代社会中的突出地位，唯这些成文法制所体现出的精神旨趣与现代法律文明有较大不同而已。时至20世纪初叶，随着西风东渐、东西文化交流加快，中国社会开始由古代的、传统的社会体制向近现代文明过渡，建立健全的、符合现代理性精神的法律文明体系方成为现代社会的共识。正因为如此，近代以来的数百年间，在西方、东方各主要国家里，伴随着社会变革的潮起潮落，法律改革运动也一直呈方兴未艾之势。

从历史上看，法律的文明、进步，取决于诸多的社会因素。东西方法律发展的历史均充分证明，推动法律文明进步的动力，是现实的社会生活，是政治、经济和社会文化的变迁；同时，法律内容、法律技术的发展，往往依赖于一大批法律专家以及更多的受过法律教育的社会成员的研究和推动。从这个角度看，法学教育、法学研究的发展，对于法律文明的发展进步，也有着异常重要的意义。正因为如此，法学教育和法学研究在现代国家的国民教育体系和科学研究体系中，开始占有越来越重要的位置。

中国近代意义上的法学教育和法学研究，肇始于19世纪末的晚清时代。清光绪二十一年（公元1895年）开办的天津中西学堂，首次开设法科并招收学生，虽然规模较小，但仍可以视为中国最早的近代法学教育机构（天津中西学堂后改名为北洋大学，又发展为天津大学）。三年后，中国近代著名的思想家、有“维新骄子”之称的梁启超先生即在湖南《湘报》上发表题为《论中国宜讲求法律之学》的文章，用他惯有的富有感染力的激情文字，呼唤国人重视法学，发明法学，讲求法学。梁先生是清代末年一位开风气之先的思想巨子，在他的辉煌的学术生涯中，法学并非其专攻，但他仍以敏锐的眼光，预见到了新世纪中国法学研究和法学教育的发展。数年以后，清廷在内外压力之下，被迫宣布实施“新政”，推动变法修律。以修订法律大臣沈家本为代表的一批有识之士，在近十年的变法修律过程中，在大量翻译西方法学著作，引进西方法律观念，有限度地改造中国传统的法律体制的同时，也开始推动中国早期的法学教育和法学研究。20世纪初，中国最早设立的三所大学——北洋大学、京师大学堂、山西大学堂均设有法科或法律学科目，以期“端正方向，培养通才”。1906年，应修订法律大臣沈家本、伍廷芳等人的奏请，清政府在京师正式设立中国第一所专门的法政教育机构——京师法律学堂。次年，另一所法政学堂——直属清政府学部的京师法政学堂也正式招生。这些大学法科及法律、法政学堂的设立，应该是中国历史上近代意义上的正规专门法学教育的滥觞。

自清末以来，中国的法学教育作为法律事业的一个重要组成部分，随着中国社会的曲折发展，经历了极不平坦的发展历程。在20世纪的大部分时间里，中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争。在外敌入侵、民族危亡的沉重压力之下，中国人民为寻找适合中国国情的发展道路而花费了无穷的心力，付出过沉重的代价。从客观上看，长期的社会骚动和频繁的政治变迁曾给中国的法治与法学带来过极大的消极影响。直至70年代末期，以“文化大革命”宣告结束为标志，中国社会从政治阵痛中清醒过来，开始用理性的目光重新审视中国的过去，规划国家和社会的未来，中国由此进入长期稳定、和平发展的大好时期，以这

种大的社会环境为背景,中国的法学教育也获得了前所未有的发展机遇。

从宏观上看,实行改革开放以来,经过二十多年的努力,中国的法学教育事业所取得的成就是辉煌的。首先,经过“解放思想,实事求是”思想解放运动的洗礼,在中国法学界迅速清除了极左思潮及苏联法学模式的一些消极影响,根据本国国情建设社会主义法治国家已经成为国家民族的共识,这为中国法学教育和法学研究的发展奠定了稳固的思想基础。其次,随着法学禁区的不断被打破、法学研究的逐步深入,一个较为完善的法学学科体系已经建立起来。理论法学、部门法学各学科基本形成了比较系统和成熟的理论体系和学术框架,一些随着法学研究逐渐深入而出现的法学子学科、法学边缘学科也渐次成型。1997年,国家教育主管部门和教育部高校法学学科教学指导委员会对原有专业目录进行了又一次大幅度调整,决定自1999年起法学类本科只设一个单一的法学专业,按照一个专业招生,从而使法学学科的布局更加科学和合理。同时,在充分论证的基础上,确定了法学专业本科教学的14门核心课程,加上其他必修、选修课程的配合,由此形成了一个传统与更新并重、能够适应国家和社会发展需要的教学体系。法学硕士和博士研究生及法律硕士专业学位研究生的专业设置、课程教学和培养体系也日臻完善。再次,法学教育的规模迅速扩大,层次日趋齐全,结构日臻合理。目前中国有六百余所普通高等院校设置了法律院系或法律本科专业,在校本科学生和研究生已达二十余万人。除本科生外,在一些全国知名的法律院校,法学硕士研究生、法律硕士专业学位研究生、法学博士研究生已经逐步成为培养的重点。

众所周知,法律的进步、法治的完善,是一项综合性的社会工程。一方面,现实社会关系的发展,国家政治、经济和社会生活的变化,为法律的进步、变迁提供动力,提供社会的土壤。另一方面,法学教育、法学研究的发展,直接推动法律进步的进程。同时,全民法律意识、法律素质的提高,则是实现法治国理想的关键的、决定性的因素。在社会发展、法学教育、法学研究等几个攸关法律进步的重要环节中,法学教育无疑处于核心的、基础的地位。中国法学教育过去二十多年所走过的历程令人激动,所取得的成就也足资我们自豪。随着国家的发展、社会的进步,在21世纪,我们面临着更严峻的挑战和更灿烂的前景。“建设世界一流法学教育”,任重道远。

首先,法律是建立在经济基础之上的上层建筑,以法治为研究对象的法学也就成为一门实践性很强的学科。社会生活的发展变化,势必要对法学教育、法学研究不断提出新的要求。经过二十多年的奋斗,中国改革开放的前期目标已顺利实现。但随着改革开放的逐步深入,国家和社会的一些深层次问题,比如说社会主义市场经济秩序的真正建立、国有企业制度的改革、政治体制的完善、全民道德价值的重建、环境保护和自然资源的合理利用等等,也已经开始浮现出来。这些复杂问题的解决,无疑最终都会归结到法律制度的完善上来。建立一套完善、合理的法律制度,构建理想的和谐社会,乃一项持久而庞大的社会工程,需要全民族的智慧和努力。其中的基础性工作,如理论的论证、框架的设计、具体规范的拟订、法律实施中的纠偏等等,则有赖于法学研究的不断深入,以及高素质人才特别是法律人才的养成,而培养法律人才的任务,则是法学教育的直接责任。

其次,21世纪是一个多元化的世纪。20世纪中叶发生的信息技术革命,正在极大地改

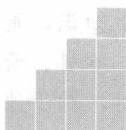
变着我们的世界。现代科学技术，特别是计算机网络信息技术的发展，使传统的生活方式、思想观念发生了根本的改变，并由此引发许多人类从未面对过的问题。就法学教育而言，在21世纪所要面临的，不仅是教学内容、研究对象的多元化问题，而且还有培养对象、培养目标的多元化、教学方式的多元化等一系列问题，这些问题都需要法学界去思考、去探索。

中国人民大学法学院建立于1950年，是新中国诞生后创办的第一所正规高等法学教育机构。在半个多世纪的岁月中，中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及丰硕的学术研究成果，在全国法学教育领域处于领先地位，并开始跻身于世界著名法学院之林。据初步统计，中国人民大学法学院已经为国家培养法学专业本科生、硕士生、博士生一万余人，培养各类成人法科学生三十余万人。经过多年的努力，中国人民大学法学院形成了较为明显的学术优势，在现职教师中，既有一批资深望重、在国内外享有盛誉的法学前辈，更有一大批在改革开放后成长起来的优秀中青年法学家。这些老中青法学专家多年来在勤奋研究法学理论的同时，也积极投身于国家的立法、司法实践，对国家法制建设贡献良多。

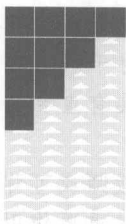
有鉴于此，中国人民大学法学院与中国人民大学出版社经过研究协商，决定结合中国人民大学法学院的学术优势和中国人民大学出版社的出版力量，出版一套“21世纪法学系列教材”。自1998年开始编写出版本科教材，包括按照国家教育部所确定的法学专业核心课程和其所颁布印发的《全国高等学校法学专业核心课程基本要求》而编写的14门核心课程教材，也包括法学各领域、各新兴学科教材及教学参考书和案例分析在内，到2000年12月3日在人民大会堂大礼堂召开举世瞩目的“21世纪世界百所著名大学法学院院长论坛暨中国人民大学法学院成立五十周年庆祝大会”之时，业已出版了50本作为50周年院庆献礼，到现在总共出版了80本。为了进一步适应高等法学教育发展的形势和教学改革的需要，最近中国人民大学法学院与中国人民大学出版社决定将这套教材扩大为四个系列，即：“本科生用书”、“法学研究生用书”、“法律硕士研究生用书”以及“司法考试用书”，总数将达二百多本。我们设想，本套教材的编写，将更加注意“高水准”与“适用性”的合理结合。首先，本套教材将由中国人民大学法学院具有全国影响的各学科的学术带头人领衔，约请全国高校优秀学者参加，形成学术实力强大的编写阵容。同时，在编写教材时，将注意吸收中国法学研究的最新的学术成果，注意国际学术发展的最新动向，力求使教材内容能够站在21世纪的学术前沿，反映各学科成熟的理论，体现中国法学的水平。其次，本套教材在编写时，将针对新时期学生特点，将思想性、学术性、新颖性、可读性有机结合起来，注意运用典型生动的案例、简明流畅的语言去阐释法律理论与法律制度。

我们期望并且相信，经过组织者、编写者、出版者的共同努力，这套法学教材将以其质量效应、规模效应，力求成为奉献给新世纪的精品教材，我们诚挚地祈望得到方家和广大读者的教正。

2006年7月1日



序 言



法学教育是高等教育的重要组成部分，是建设社会主义法治国家、构建社会主义和谐社会的重要基础，并居于先导性的战略地位。在我国社会转型的新世纪、新阶段，法学教育不仅要为建设高素质的法律职业共同体服务，而且要面向全社会培养大批治理国家、管理社会、发展经济的高层次法律人才。近年来，法学教育取得了长足的进步，法科数量增长很快，教育质量稳步提高，培养层次日渐完善，目前已经形成了涵盖本科生、第二学士学位生、法学硕士研究生、法律硕士研究生、法学博士研究生的完整的法学人才培养体系，接受法科教育已经成为莘莘学子的优先选择之一。随着中国法治事业的迅速发展，我们有理由相信，中国法学教育的事业大有可为，中国法学教育的前途充满光明。

教育的基本功能在于育人，在于塑造德才兼备的高素质人才。法学教育的宗旨并非培养只会机械适用法律的“工匠”，而承载着培养追求正义、知法懂法、忠于法律、廉洁自律的法律人的任务。要完成法学教育的使命，首先必须认真抓好教材建设。我始终认为，教材是实现教育功能的重要工具和媒介，法学教材不仅仅是法学知识传承的载体，而且是规范教学内容、提高教学质量的关键，对法学教育的发展有着不可估量的作用。

第一，法学教材是传授法学基本知识的工具。初学法律，既要有好的老师，又要有好的教材。正如冯友兰先生所言：“学哲学的目的，是使人作为人能够成为人，而不是成为某种人。其他的学习（不是学哲学）是使人能够成为某种人，即有一定职业的人。”一套好的教材，能够高屋建瓴地展示法律的体系，能够准确简明地阐释法律的逻辑，能够深入浅出地叙述法律的精要，能够生动贴切地表达深奥的法理。所以，法学教材是学生学习法律的向导，是学生步入法律殿堂的阶梯。如果在入门之初教材就有偏颇之处，就可能误人子弟，学生日后还要花费大量时间与精力来修正已经形成的错误观念。



第二,法学教材是传播法律价值理念的载体。好的法学教材不仅要传授法学知识,更要传播法律的精神和法治的理念,例如对公平、正义的追求,尊重权利的观念。本科、研究生阶段的青年学子,正处在人生观、价值观形成的阶段,一套优秀的法学教材,对于他们价值观的塑造和健全人格的培养具有重要意义。

第三,法学教材是形成职业共同体的主要条件。建设社会主义法治国家,有赖于法律职业共同体的生成。一套好的法学教材,向法律研习者传授共同的知识,这对于培养一个接受共同的价值理念、共同的法律思维、共同的话语体系的法律共同体,具有重要的作用。

第四,法学教材是所有法律研习者的良师益友。没有好的教材,一个好的教师或可弥补教材的欠缺和不足,但对那些没有老师指导的自学者而言,教材就是老师,其重要作用是显而易见的。

长期以来,在我们的评价体系中,教材并没有获得应有的注重,对学术成果的形式优先考虑的往往是专著而非教材。在不少人的观念中,教材与创新、与学术精品甚至与学术无缘。其实,要真正写出一部好的教材,其难度之大、工作之艰辛、影响之深远,绝不低于一部优秀的专著,它甚至可以成为在几百年甚至更长的时间内发挥作用的传世之作。以查士丁尼的《法学阶梯》为例,所谓法学阶梯,即法学入门之义,就是一部教材。但它概括了罗马法的精髓,千百年来,一直是人们研习罗马法最基本的著述。日本著名学者我妻荣说过,大学教授有两大任务:一是写出自己熟悉的专业及学术领域的讲义乃至教科书;二是选择自己最有兴趣、最看重的题目,集中精力进行终生的研究。实际上,这两者是相辅相成的。写出一部好教材,必须要对相关领域形成一个完整的知识体系,还要能以深入浅出的语言将问题讲清楚、讲明白。没有编写教材的基本功,实际上也很难写出优秀的专著。当然,也只有对每一个专题都有一定研究,才能形成对这个学术领域的完整把握。

虽然近几年我国法学教育发展迅速,成绩显著,但是法学教育也面临许多挑战。各个学校的师资队伍和教学质量参差不齐,这就更需要推出更多的结构严谨、内容全面、角度各有侧重、能够适应不同需求的法学教材,为提高法学教学和人才培养质量、保障法学教育健康发展提供前提条件。

长期以来,中国人民大学法学院始终高度重视教材建设。作为新中国成立后建立的第一所正规的法学教育机构,中国人民大学法律系最早开设了社会主义法学教学课堂,编写了第一套社会主义法学讲义,培养了新中国第一批法学本科生和各学科的硕士生、博士生,产生了新中国最早的一批法学家和法律工作者。中国人民大学法律系因此被誉为“新中国法学教育的工作母机”。半个多世纪以来,中国人民大学法学院为社会主义法制建设培养了大批优秀的法律人才,并为法学事业的振兴和繁荣作出了卓越贡献,也因此成为引领中国法学教育的重镇、凝聚国内法律人才的平台和沟通中外法学交流的窗口,并在世界知名法学院行列中崭露头角。为了对中国法学教育事业作出更大的贡献,我们有义务也有责任出版一套体现我们最新研究成果的法学教材。

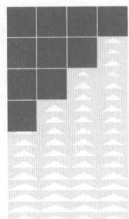
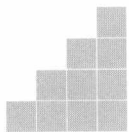
承蒙中国人民大学出版社的大力支持,我们组织编写了本套教材,其中包括本科生用



书、法律硕士研究生用书、法学研究生用书和司法考试用书四大系列，分别面向不同层次法科教育需求。编写人员以中国人民大学法学院教师为主，反映了中国人民大学法学院整体的研究实力和学术视野。相信本套教材的出版，一定能够为新时期法学教育的繁荣发展发挥应有的作用。

是为序。

2006年7月10日



编写说明

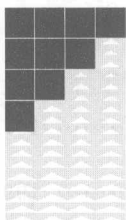
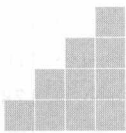
《中国近代法制史专题研究》一书结构上经纬相交，选取了近廿年来法律史学界重点关注的问题加以编撰。本书内容涵盖的时间始于清末，中接民国，止于1949年前的中国共产党地方政权，是为其经；本书内容所涉及的问题始于宪政，及于行政、民商、刑事而止于司法诉讼，是为其纬。书中所述论点以中青年学者的著述为主，在此特别致谢！全书每一章各为专题，内容取舍力图摆脱传统教材结构，以有益于研究生阶段的学习参考之用。然实效如何仍有待读者的批评。

本书采用专题史的体系结构，编写分工如下：第一章，王平原（中国人民公安大学）；第二章，王平原、顾荣新（大连海事大学）；第三章，聂鑫（清华大学）；第四章，易清（湖南商学院）、周子良（山西大学）、肖洪泳（湖南大学）；第五章，何莉萍（广州大学）、李彤（华东政法大学）；第六章，李彤；第七章，刘涛（北京市高级人民检察院）、高汉城（中国社会科学院）；第八章，顾荣新、赵晓耕（中国人民大学）；第九章，曲词（中国人民大学）、张璐（中国人民大学）。

初稿由王平原、聂鑫、曲词整理修改，赵晓耕统稿。张璐负责后期统稿的校对。

编者

二〇〇九年初秋



目 录

第一章

内忧与外患：传统法制面临的挑战 1

第一节 清中叶以后的法制 1

第二节 鸦片战争与晚清法制 22

第三节 旧制度与新思想：太平天国法制 41

第二章

渐进与骤变：晚清的法制进程 60

第一节 从洋务到维新：渐进的变革 60

第二节 激进与保守之间：清末变法 90

第三章

宪政与宪法 114

第一节 仿行宪政与君主立宪 115

第二节 民初国会与造法毁法 126

第三节 军政、训政与宪政 132

第四节 近代中国宪法基本权利的法律限制 143

第四章

皇权与行政：近代中国的行政法 152

第一节 行政法律体系的建构 153



第二节	行政组织法律制度	165
第三节	行政公务员法律制度	170
第四节	行政救济法律制度	178
第五节	近代中国的监察制度	189

第五章

家族传统与社会本位：近代中国的民权与民法	197
----------------------	-----

第一节	从义理到权利——私权的彰显	199
第二节	传承与裂变——近代民事法律体系的演变	204
第三节	冲突与整合——传统民事法律与现代民法	213

第六章

利害之间：近代的商事立法	225
--------------	-----

第一节	思想与社会——从抑商到重商的转变	226
第二节	分与合——近代中国的商法	235
第三节	舶来品的本土化——困难的目标	257

第七章

从律例到刑法：近代中国的刑法改革	269
------------------	-----

第一节	中国刑法近代化过程的开端	269
第二节	罪刑法定原则的确立与发展	284
第三节	中国古代刑罚体系向近代的转化	301

第八章

从狱讼到诉讼：近代中国的司法诉讼制度	315
--------------------	-----

第一节	近代中国的司法体制	316
第二节	从狱讼到诉讼：近代中国的诉讼法制	325
第三节	法院与法官	336
第四节	检察权与检察官	346
第五节	从讼师到律师	350
第六节	近代中国的监狱制度	354



第九章

革命与法制：革命根据地法制	360
第一节 人权与宪政制度	362
第二节 土地法令的演变	374
第三节 战争状况下的刑事立法与实施	378
第四节 权利与可能：劳动及经济法令	384
第五节 婚姻自由与男女平等	388
第六节 司法诉讼制度	394
后记	404

第一章

内忧与外患：传统法制面临的挑战

第一节

清中叶以后的法制

- 一、清代法制对传统法制的革与因
- 二、盛世与危言：龚自珍对清代法制的批判

第二节

鸦片战争与晚清法制

- 一、法制腐败是鸦片战争的重要内因
- 二、对外国人的司法管辖权与鸦片战争
- 三、治外法权与领事裁判权

第三节

旧制度与新思想： 太平天国法制

- 一、以天王为中心的等级特权制度
- 二、器物、政制、文化——《资政新篇》的启迪

第一节 清中叶以后的法制

在丰富多彩的人类文化中，法律制度无疑是极为奇特的一种精神创造。它以一种最强烈的方式，集中而突出地形成了一种体制，表达出特定的思想观念，并作出种种要求。法律制度集中地反映了当时人们对于自然、社会以及人与人之间关系的看法，体现了一个民族、一个社会的基本价值观念，是一个国家、一个社会在一定历史时期的物质生活条件与精神生活积累的综合反映，是当时社会生活的整体折射。不同时代、不同地域、不同民族的人们在自身的存续和发展过程中，都自觉不自觉地把其最鲜明的价值观与独特的民族精神等熔融于其法律制度之中，由此也形成了人类社会丰富多彩的法律文化，它们是人类历史文化的重要组成部分，也是后人回顾自身发展历史、激发继续前进的勇气、吸收并继承



前人智慧的重要途径。

中国是世界上著名的文明古国,中华文化历史悠久、博大精深,其发展演变过程一直没有中断,保持着发展的连续性和主体的纯洁性,成为东方文化的主流,不仅在人类文明史上一直占有非常重要的地位,而且在当今世界还发挥着非常广泛而独特的影响。在中华文明中,中华法文化的历史也十分悠久。早在原始时代末期,就已经产生了包含有许多具体内容的法的雏形,有些甚至是形式上很完备的规范。四千多年前,夏朝建立、中国正式形成国家,中国古代法律制度伴随着国家文明的昌盛而不断积累、不断丰富、不断发展。夏商周三代,不成文的习惯法居于主导地位,到春秋末期,公开、成文的制定法出现,中国传统的法律制度开始迅猛发展。秦汉时期,中国古代的成文法法律体系全面确立。经过三国两晋南北朝时期的发展,中国传统法律到隋唐时期达到了它的一个高峰。中国传统社会的法律道德化与道德法律化的特征在唐代法制中得到了充分的体现,代表唐代法制的《唐律疏议》成为中国古代法制、中华法系的代表作,在中国法制史上和世界法制史上均具有重要的地位。此后的宋、元、明、清诸朝代,随着社会的发展,中国传统法制仍然在继续发展与变化着。经过几千年的积累,统治者已经能够更加娴熟地运用各种法律手段来维护自己的统治。但随着法律作为统治手段的功能的不断强化,传统法制也开始出现了对社会生活的调节功能减弱、无法规范引导社会更加健康发展、不能适应社会发展的需要等诸多问题。1840年鸦片战争后,它终于在内外环境的剧烈变化以及传统社会的逐渐崩溃等多重因素的猛烈冲击下,开始艰难地向近现代法律文明转型。

一、清代法制对传统法制的革与因

清朝是女真贵族建立的中国最后一个专制王朝。女真族原长期生活于今东北地区,17世纪初,女真族在其首领努尔哈赤的领导下迅速复兴,1616年建立“金”国,1636年改为“清”,民族也改称为“满”。1644年,明末农民起义领袖李自成率军攻占北京,明朝灭亡。清军随即入关,打败农民军,于1661年实现了对全中国的统治。作为最后一个封建王朝,清朝统治者在其数百年的统治期内,不但在经济上获得了超越前代的发展,而且在典章制度上也取得了巨大成就,如国家各项法律制度更加健全完备;在少数民族聚居区内制定了适应各民族习惯的法律规范;会审制度和死刑复核制度进一步程序化;等等。但毋庸置疑的是,与清以前的唐宋及明代的法制相比较,清代的法制是因多于革,对前代法制的充分继承构成了清代法制的主要特征。它主要表现在:

(一) 清代法制指导思想对前代的继承

进入山海关打败李自成等明末农民起义军建立统一的全国性政权以前,满族及其前身女真各部落已经在关外有了数百年的发展历史,经历了由原始社会末期到封建社会初期的几个不同的社会发展阶段。在其杰出的领袖努尔哈赤和皇太极的带领下,满族利用自己强大的军事实力最终夺取了明朝政权。在统一女真各部落、统一东北和蒙古以及向关内发展的过程中,满族统治者的法律思想也在不断地发展变化着,努尔哈赤的法律思想就是极其

复杂的，既保留有氏族民主传统的潜在意识，又受到汉族地主阶级成熟的德教和法治思想影响，如他讲到明朝统治者时，总是说明统治者干了“受天谴”的勾当，而满族统治者做的总是“承天佑”的好事。随着他的汉族历史知识的不断增长，其在“受天谴”而丧失政权的统治者中逐渐加上了夏桀、殷纣、秦始皇等中原传统文化中所公认的残暴统治者，在“承天佑”的统治者中又增加了成汤、周武以及刘邦等传统文化所认可的明君，因此：

在努尔哈赤看来，国家的兴衰和政权的更替，就是依据“天意”进行循环不已的运动，任何一个政权都不会永远兴旺，永远存在，总有一天会被新的政权所代替。^①

努尔哈赤认为，权由天定，法循天理，法和权有着不可分割的联系，权离不开天，法也离不开天。追踪努尔哈赤及其儿子皇太极对汉族法律文化的接受过程，我们甚至能隐约感受到它和中国传统法律文化早期的发展历程有着惊人的重合之处。

努尔哈赤的儿子皇太极继续其父问鼎中原的事业，大举向汉族地区进攻，这使他受到了更多汉族文化的影响。在征伐过程中，他更多地招徕明朝的儒生和降将，逐渐在其周围聚集了一批有才华、有丰富统治经验的满汉儒臣群体。他们对封建正统的法律思想有着深刻的理解，对天人感应、君权神授、以德配天、奉天保民等一系列儒家传统理论与信念以及专制集权、赏罚自专、重赏重罚、执法划一等法家观点与思想有着深刻的理解并能将二者统一起来，有机结合，并加以运用。受他们的影响，皇太极的统治思想在继承其父的神权法思想的基础上，又更多地受到了儒家思想的影响。皇太极抛弃了努尔哈赤“德由天赋”的思想，而代之以“修德以膺天命”的思想，由此迈出了接受中国传统法律中德刑思想的重要一步。皇太极认为，对臣民“生杀予夺”的赏罚权，不仅是君主专制权力的核心内容，而且是天赋予天子的不容争议的权力，他利用这一理论，竭力主张颁行法律制度并且依法执行，巧妙地打破了满族贵族统治中残存的氏族民主制度——“八王共治”对君主专制制度的约束，取得了全面建立君主专制制度的成功。最重要的是，皇太极根据儒臣的建议，正式为满族政权确立了“参汉酌金”的指导思想，就是必须依据汉族法律文化的精神实质，结合当时后金社会实际情况创造出一种既符合社会发展要求又具有满族民族特色的法律制度。这为满族统治者大规模地继承和借鉴传统法律文化打开了道路。

满族入关以前，基本上是以习惯法为主。入关后，满族贵族要统治具有悠久制定法传统的中原地区，不得不承袭沿用了近三百年的明朝法制。

世祖顺治元年（1644年），摄政睿亲王多尔衮入关定乱，六月，即令问刑衙门准依《明律》治罪。^②

这是清朝统治者首次发布命令，公开认可《大明律》在司法实践中的法律效力。但简单地沿袭明律，虽可以行用一时，但却不能作为长期奉行的行为规范，故清代统治者很快就开始了制定自己的成文法典的历程。1647年，清代第一部完整的成文法典《大清律集解

① 李光灿、张国华总主编：《中国法律思想通史（三）》，564页，太原，山西人民出版社，2001。

② 《清史稿·刑法志》，载《历代刑法志》，564页，北京，群众出版社，1988。