



张晋藩 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中华法制文明史

（第一卷）

（第二卷）

（第三卷）



中华法制文明史

| 近、当代卷 |

张晋藩 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

中华法制文明史·近、当代卷 / 张晋藩著. —北京
法律出版社, 2013
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4049 - 3

I . ①中… II . ①张… III . ①法制史—研究—中国—
近现代 IV . ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 258691 号

中华法制文明史·近、当代卷

张晋藩 著

责任编辑 易明群
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16

版本 2013 年 1 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 37.25 字数 688 千

印次 2013 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4049-3

定价 (全两卷):198.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书的出版得到教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目
(项目批准号10JZD0028)的资助,特此感谢!

目 录

第二编 中华法制文明史(近代卷)

(1840~1949年)

绪论 /3

第一章 鸦片战争前后改制与更法思潮的兴起 /6

一、鸦片战争前的中国 /6

二、主张改制更法的地主阶级改革派的出现 /9

三、改制更法思潮的主要内容 /13

(一)论证改制更法的历史必然性 /13

(二)提倡睁眼看世界,运用近代国际公法调整中外关系 /16

(三)抨击腐败的吏治,倡言改革司法 /18

(四)传承“德主刑辅”的正统思想 /25

(五)用贫富“不相齐”而争,解释法制文明的起源,强调明农的重要性 /27

四、师夷制夷思想的提出和最初的实施方案 /29

第二章 西方法文化的输入与固有法观念的更新

(1840年~19世纪70年代) /34

一、西方法文化的输入 /35

(一)西方法文化输入的媒体 /35

(二)西方法文化传播的主要途径 /43

二、中西法文化的碰撞与法观念的一次飞跃 /51

(一)中西法文化的碰撞与冲突 /51

(二)师夷变法——中国法文化的导向 /53

第三章 “中体西用”的洋务法制 /57

一、洋务运动的兴起及其代表人物 /57

二、洋务派的理论基础 /62

三、洋务派的法律思想 /67

(一)“稍变成法”,引进西法 /67

(二)开拓培养洋务法律人才的途径 /71

(三)增设洋务外交机关和提倡公法学 /74

(四)以近代经济法律调整新兴的工业企业 /79

(五)隆礼重刑,匡复旧序 /84

四、洋务运动的历史作用与洋务法制的价值 /87

第四章 宪政思想的萌发与变法维新

(19世纪后半期至19世纪末) /91

一、改良派产生的历史背景与代表人物 /91

二、改良派的法律思想 /95

(一)仿行西政,倡言变法 /96

(二)赞美议院制度,主张君民共主 /99

(三)振兴商务,以法护商 /103

(四)比较中西法律,改革原有律例 /106

三、维新思潮的兴起及其代表人物 /109

四、戊戌变法前后维新派的法律思想与实践 /117

(一)在西方法律学说影响下的法律观 /118

(二)兴民权,为民立法 /130

(三)主张法治,反对人治 /132

五、君主立宪——改造国家的蓝图 /135

(一)救亡图存、唯有维新 /135

(二)设议院、开国会、开制度局 /136

(三)制定宪法 /139

(四)实行三权分立 /141

(五)建立新的法律体系 /147

(六)维新派的主要成就 /148

第五章 晚清预备立宪与宪法 /151

一、预备立宪的提出与五大臣出国考察政治 /151

(一) 预备立宪提出的历史背景 /151

(二) 五大臣出国考察政治 /155

二、官制改革与皇族集权 /161

三、筹设“预立上下议院基础”的谘议局和资政院 /167

(一) 谘议局的设立与活动 /167

(二) 资政院的召开 /171

(三) 办理地方自治的尝试 /174

四、制定《钦定宪法大纲》和《重大信条十九条》 /178

(一) “甄采列邦之良规,折衷本国之成宪”的《钦定宪法大纲》 /178

(二) 挽救危局的《重大信条十九条》 /183

第六章 晚清修律崭露近代法制文明的曙光 /188

一、晚清修律的提出 /188

二、晚清修律的成果与历史经验 /190

(一) 晚清修律是在开放环境中进行的,符合世界潮流 /194

(二) 改良政治是推动修律的前提 /195

(三) 移植西方法律要从中国实际出发 /195

(四) 充分发挥新思想的作用 /197

三、晚清修律与沈家本、伍廷芳 /199

(一) 沈家本的生平 /199

(二) 沈家本的法律思想 /200

(三) 伍廷芳的生平与法律思想 /227

第七章 体现近代刑法文明的新章

——《大清刑律》/233

一、删除《大清律例》内重法,以适应会通中西的宗旨 /233

二、《现行刑律》——中国近代刑法的过渡形态 /235

(一) “总目宜删除也” /235

(二) “刑名宜厘正也” /236

(三) “新章宜节取也” /236

(四) “例文宜简易也” /236

三、吸收西方的刑法文化,起草新刑律 /238

(一)制定新《刑律》的必要与变通旧律的意见 /238

(二)采纳西方近代刑法原则 /242

(三)法典体例的西方化 /244

(四)修律过程中的礼、法之争 /248

(五)《钦定大清刑律》的主要特点 /266

第八章 与西方民法接轨的《大清民律草案》/269

一、厘定民律,图治之要 /270

二、体现固有民法与西方民法初步整合的指导原则 /274

(一)“注重世界最普通之法则” /275

(二)“原本后出最精确之法理” /275

(三)“求最适于中国民情之法则” /276

(四)“期于改进上最有利益之法则” /276

三、中西汇合的体系与内容 /277

(一)总则编的体系与内容 /277

(二)债权编的体系与内容 /280

(三)物权编的体系与内容 /281

(四)亲属编的体系与内容 /282

(五)继承编的体系与内容 /283

四、《大清民律草案》的历史地位与特点 /284

(一)体现了中国民法发展中的重大转折 /284

(二)新旧杂糅,反映了特定的国情社情 /285

(三)以形式上的平等掩盖事实上的不平等 /285

第九章 由抑商到护商的商业立法 /288

一、改良派提出商战和以法护商的呼吁 /288

二、《大清商律》的制定及主要内容 /292

第十章 走向司法文明的改革 /299

一、仿西方的司法改革的提起 /299

(一)司法改革的酝酿 /299

(二)以西方为改革司法的模式 /303

二、官制改革中的新司法体制 /304

(一)新司法体制的雏形 /304

(二)部院司法权限之争 /308

三、司法改革中的相关立法 /312

(一)《法院编制法》的制定 /312

(二)《刑事民事诉讼法草案》的被搁置 /314

(三)《大清刑事诉讼律草案》与《大清民事诉讼律草案》的完成 /316

四、晚清司法制度改革的特点 /320

(一)司法与行政分立 /320

(二)民事诉讼与刑事诉讼分理 /321

(三)初步展现近代意义的司法文明 /322

(四)采用律师制度 /324

第十一章 民主共和的国家方案与法制文明的新纪元 /328

一、资产阶级民主派法律思想的产生及其代表人物 /328

(一)民主派法律思想的产生 /328

(二)民主派法律思想的代表人物 /330

二、共和国方案的提出与基本内容 /337

(一)以民族革命推翻清朝政府 /337

(二)民主共和国方案的提出 /339

(三)以法治国、司法独立 /343

(四)建国三时期与五权宪法 /344

三、南京临时政府的立法建制 /349

(一)南京临时政府的建立 /349

(二)《中华民国临时约法》的制定 /351

(三)革旧立新的各项立法 /354

(四)改革司法,实行文明审判 /359

第十二章 北京政府时期近代法制文明的推动与顿挫

(1912~1928年) /364

一、北京政府建立后的毁法与护法 /364

二、制宪与法统之争 /368

(一)《天坛宪草》的历史命运 /368

(二)“贿选宪法”的破产与法统之争的余音 /372

三、进二步退一步的立法活动 /375

(一)法学家的成长及其立法作用 /375

(二)刑法典的修订和特别刑法的广泛适用 /378

(三)民律二草与大理院民事判例要旨 /382

四、大理院的独立审判地位与军阀的干预司法 /385

第十三章 南京国民政府的《六法全书》

(1928~1949年) /388

一、由《训政时期约法》到《中华民国宪法》 /389

(一)《训政纲领》与《训政时期约法》 /389

(二)《中华民国宪法》 /390

二、刑事法律的构成与特别法的地位 /392

三、《中华民国民法》的正式公布 /394

(一)“民商合一”的立法体系与民法典的起草 /394

(二)《中华民国民法》的基本内容 /395

(三)《中华民国民法》的特点 /398

四、国民政府的司法制度 /403

(一)司法体制 /403

(二)诉讼与审判的特点 /404

第十四章 谱写新民主主义法制文明的根据地法制

(1927~1949年) /408

一、由激进民主主义转向社会主义的新思潮 /409

(一)激进民主主义的思想内容 /409

(二)社会主义思潮的兴起 /415

二、革命根据地的创建与立法活动 /418

(一)革命根据地的创建与发展阶段 /418

(二)《中华苏维埃共和国宪法大纲》与《陕甘宁边区施政纲领》 /419

(三)保护人民、打击犯罪的刑事法律 /430

(四)实现“耕者有其田”的土地法 /431

(五)解放妇女的婚姻法 /433

(六)保障劳动者权益的劳动法 /434

三、人民司法制度的创建与发展 /435

第三编 中华法制文明史(当代卷)

(1949年~)

绪论 /441

第一章 新中国法制文明奠基之作

——《共同纲领》/443

一、废除国民党《六法全书》与新民主主义法制原则的确立 /443

(一)中共中央关于废除《六法全书》的指示 /443

(二)新中国法制原则的确立 /445

二、《共同纲领》的制定与主要内容 /448

三、根据《共同纲领》所形成的建国初期的法律体系 /453

(一)《中华人民共和国宪法》——以《共同纲领》为基础又是它的发展 /454

(二)行政立法与政权机关建设 /461

(三)惩治反革命的刑事立法 /463

(四)《中华人民共和国土地改革法》及相关立法 /465

(五)财政体制与相关立法 /468

(六)婚姻制度改革与立法 /471

(七)劳工法制的建立 /474

(八)民族立法 /476

四、人民民主专政思想指导下的司法制度 /478

(一)人民司法制度的建立 /478

(二)诉讼与审判制度 /484

第二章 建设中国特色的社会主义法制文明(上) /487

一、建设社会主义法制新时期的到来 /487

二、“八二宪法”——法制建设的重要步伐 /489

(一)过渡形态的“七八宪法” /489

(二)“八二宪法”的制定与主要内容 /490

(三)“八二宪法”的主要特点与历史地位 /493

(四)“八二宪法”的四次修改 /495

三、依法行政理念的确立与行政法制的发展 /505

(一) 依法行政的理念与主要内容 /505

(二) 促进依法行政的举措 /508

(三) 《行政诉讼法》的首次公布 /511

第三章 建设中国特色的社会主义法制文明(下) /523

一、新时期刑法的颁布 /523

(一) 1979年《刑法》的制定 /523

(二) 1979年《刑法》颁布后的刑事立法 /525

(三) 1997年《刑法》的修订与公布施行 /526

(四) 1997年《刑法》颁行以后的修正 /534

二、新时期民商经济法的发展 /536

(一) 《民法通则》的制定及其历史意义 /536

(二) 统一《合同法》的制定 /542

(三) 体现民事立法新成就的《物权法》 /545

(四) 新时期《婚姻法》的制定与公布 /546

(五) 新时期商法、经济法的兴起与发展 /549

(六) 新时期的民族立法 /564

(七) 新时期司法制度的改革 /571

后记:中国特色的社会主义法律体系的形成及经验 /585

第二编 中华法制文明史(近代卷)

(1840 ~ 1949 年)

绪 论

中华法制文明经过四千多年的发展过程,不仅形成了独树一帜的鲜明特色,而且积淀了丰富的法文化内涵和坚实的人文底蕴,它滋润着古老的中华帝国和相邻的国家与地区,在相当长的时间里居于世界法制文明的前列。

中国封建时代的法制是植根于小农经济基础之上的,加之封闭保守的政治环境和不断强化的专制政权,以及由血缘纽带相维系的家族制度的支撑,使它具有稳定性、排他性、包容性和综合性。

但是在漫长的历史发展过程中,只有纵向的传承,没有横向的比较与吸收,中国与周边国家的法律交流,实际是中国法律的单向输出,统治者在这方面,严格遵循“夷夏之防”和“以夏变夷”的政策传统。尤其是清朝坚持奉行闭关锁国的政策,使得以农为本的自然经济结构继续占统治地位;政治与文化的双重高压仍在桎梏着人们的思想与行为;统治集团中傲慢自大的心理和顽固与保守的态势,依然很少改动。因此,清朝法制不可能超越封建法制的藩篱,清朝统治也不可避免地从康乾盛世的顶峰滑落下去。

1840年鸦片战争前夕,西方殖民主义国家已经把侵略的触角伸进这个古老的东方大国的疆域。当时除林则徐痛感睁眼看世界、了解外国情势的紧迫性之外,整个清朝朝野上下依旧沉浸在闭目塞听、因循旧章、歌舞升平的氛围之中。1840年第一次鸦片战争爆发,腐朽昏聩的清朝被英国侵略者打败,此后,西方殖民主义国家一次次发动侵华战争,一次次强迫清政府签订不平等条约。曾经以天朝大国自诩的清朝,逐渐沦为丧失主权的半殖民地国家。

如果说维持与外界的隔绝状态,是保存清朝固有的经济、政治、文化结构的

必要条件,那么在西方殖民主义国家以炮火轰开闭关锁国的国门以后,不仅西方的商品如潮水般涌入这个广大的市场,西方的文化(包括法文化)也同其他商品一样,迅速涌入中国。在这样的历史背景下,因循守旧的局面也随着封闭环境的破坏,而遭到尖锐的冲击。

面对西学东渐的新形势,一部分爱国士大夫与开明官僚,在思考着庞然大物般的清朝为什么会如此不堪一击?西方国家战胜中国是否仅仅源于船坚炮利?在国家管理体制上究竟出了什么毛病?中国要雪耻图强在思想文化上应该如何准备,等等。经过不断地、痛苦地反思,逐渐把思路集中到采西学以变革图存上。

在中国近代史上,救亡图存是一条主线。就内部而言,矛盾的焦点集中在国家体制上。随着西学东渐的深化,资产阶级上层代表的改良派与维新派,逐渐懂得了西方国家的强盛之由不仅在于船坚炮利、科学技术的先进,更重要的是在民主与法治学说指导下建立的资产阶级民主法律制度的优胜。以儒家学说为基石的传统法律文化,已经不能适应时代的发展和满足人民救亡图存的需要,因此,先进的中国人把希望寄托在采用西方的民主政治与法制上。当中国的各种译书机构广泛翻译介绍西方人文科学的时候,西方的法学著作和各种法律,也进入了人们的视野。以严复为代表的维新派翻译的西方法学著作,不仅成为维新派变法维新的理论武器,也使得人们从中看到了西方的法制文明,看到了改革中国传统法制的走向。

义和团运动以后,清朝已经不能照旧统治下去了,被迫宣布变法新政,后又实行预备立宪。在这个背景下,变法修律、改革司法,也提上了议事日程,由此开始了中国法制的近代化。中国法律的发展,开始与世界法律的发展接轨,中国的法制文明也与传统决裂,进入了向近代法制文明转型的第一个历史阶段。中国法制的近代化,有其历史的必然性,它所追求的目标是富国强兵、救亡图存,这与西方国家法制近代化的目标有所不同,可以说是特殊的动因。在中国法制近代化的历程中,西方的民主法制思想起了先导的作用,而初步掌握了西方民主法治思想的中国的政治家与思想家则起了鼓动进步的历史潮头的作用。此外,晚清预备立宪革新政治所造成的环境无疑是一个有利的政治条件。中国法制近代化的路径是外源式的,这在当时也是不二的选择,因为西方的民主制度与法治为我们树立了可资学习的先进的范式,在当时的中国法制近代化基本上等同于西方化,移植来的西方法律改变了中国固有的法律体系,但缺乏与本土的密切结合,使有些法律成为与社会生活无关的纸片,晚清时人还缺乏解决这个问题智力,而留待民国时人甚至今人去解决。