

---

---

# 中国传统法观念的转变与晚清修律

张晋藩

---

---

**【内容提要】** 文章宏观地考察了中国传统法观念在晚清的十大转变及其与修律和司法改革的相互关系,进而从史鉴的角度提出颇有参考价值的几点思考。

**【作者简介】** 张晋藩,男,1930年生,我国著名法学家,中国政法大学博士生导师;著有《中国法制史》、《清律研究》、《中国法律的传统与近代转型》等,发表论文百余篇。

---

---

## 一、作为时代先声的法观念的转变

以自然经济为主的中国农业社会是封闭保守的,封建的专制制度又极力维护这种封闭保守状态;以至在很长的时间里,中国不了解世界,世界也不了解中国。当十七—十八世纪欧美完成了文艺复兴和近代资产阶级革命,建立了资本主义的民主法制国家时,中国却仍旧在封建社会的藩篱内踱步,奉行着“天不变,道亦不变”的信条,固守着传统的封建法制。直到十九世纪中叶,封闭的状态被打破,中国的情况才发生了变化。

鸦片战争以后,西方传教士在中国翻译出版

大量科技文化著作的同时,也介绍了西方的政治法律著作。西方来华的商人和清廷大员聘请的洋幕宾,也从不同的角度传播了西方的法律知识。尤其是新闻出版媒体的积极运营,使得西方资本主义的法文化汹涌地袭入中国,传统的中国法文化面临着尖锐的挑战。在先进的知识界和开明官僚中,也在经历着一个由传统法观念向近代法观念转型的变化,这个变化不仅标志着中国法文化史上旧时代的结束和新时代的开始,而且对于中国法制的近代化,具有重要的思想先导作用。

### (一)由固守成法到“师夷”变法

“祖宗成法不可改变”是清朝统治者奉行的传统政策,以此来约束百官和士大夫不得滥议改制更张。但至鸦片战争前夜,时势的发展已使开明官僚林则徐等“睁眼看世界”,提出“探访夷情,知

其虚实”了。而坚持改革的士大夫魏源还从中外力量的对比中提出了反传统的“师夷之长技以制夷”的口号,这在当时确如石破天惊,震聋发聩。从此师夷作为自强御敌的主张被普遍接受,传统的“夷夏之防”、“用夏变夷”的汉族中心论,遭到了彻底的否定。

在洋务派与早期改良派的著述中,已经显露出由师夷之器物文化,转向师夷之制度文化的迹象。至十九世纪末发生的戊戌变法,进一步将中西法文化的结合集中在政治体制的改革与法律体系的变动上。1900年义和团运动以后,顽固的慈禧集团也迫于严峻的形势,放弃了“万世不变”的“祖宗成法”,宣布“法久则弊,法弊则更”,“欲求振作,当议更张”,<sup>[1]</sup>由此而开始了晚清近十年的变法修律。

晚清变法修律以西方国家为模式,是师夷的深化和结果。主持修律的沈家本谙悉中国旧律,而又了解西方法律的大略。他从中西法文化比较的角度论证了“务期中外通行”的修律方针。认为对待“西人之学”,应“弃其糟粕,而撷其精华”,“取人之长,以补吾之短”,<sup>[2]</sup>“彼法之善者,当取之”,“当取而不取是之为愚”。<sup>[3]</sup>如果在“方今瀛海交通,俨同比伍”的世界形势下,继续泥古不化,“以一中国与环球之国抗”,显然违背了“趣时之义”,“其伏细之数,不待智者而知之矣”。<sup>[4]</sup>

沈家本不仅从原则上阐述了“损益而会通”的修律方针,而且对“法即是刑”,“讲法治就是重刑罚”的传统进行了改造。他将西方的法律体系、刑制、诉讼制度、人权原则等纳入新制订的法律中去。沈家本可以说是中国近代中西法文化比较研究的奠基人。经过他,“师夷变法”进入了一个新的阶段。

综括上述,由固守成法到师夷变法,是法观念上的巨大变化,它反映了历史潮流的不可阻挡和中西法文化由冲突到吸收的运动过程的必然性。

### (二)由盲目排外到中体西用

清朝统治者虽然身处封建末世,但却继承了中国历代统治者以天朝大国自居的盲目排外心理。康乾盛世姑且不论,即使是嘉道时期,仍视外国为化外夷狄。这种盲目性反映了他们对于世界大势是何等的无知。

鸦片战争以后,随着中外新关系的形成,在清朝统治层内出现了一个以奕訢、曾国藩发其端,李鸿章继其后,张之洞总其成的洋务派官僚集团。他们的理论基础与施政宗旨是“中体西用”。即在保持孔孟圣道,纲常名教的前提下,在工艺、练兵、法制等问题上,可以采用西法以应世变。“中体西用”论的原型是曾经充当李鸿章幕府的冯桂芬在所著《校邠庐抗议》一书中提出的,他建议以“中国之伦常名教为原本,辅以诸国富强之术”。<sup>[5]</sup>中体西用论在法律上的表现,就是一方面继续强调法度必须以纲常为本原,“其最著者为亲亲之义,男女之别,天经地义,万古不刊”。<sup>[6]</sup>另一方面也主张采用西法作为“为治之具”。<sup>[7]</sup>譬如,提倡学习国际公法学,“以资自强而裨交涉”;建议制定“交涉刑律”、“通商律例”、“矿律”、路律、商务律以调整新出现的经济关系。

洋务派坚持的“中学为体”以其不合于时,而为开明思想家所批评。至于西学为用,更受到“顽固分子不揣其本,而末是求”的攻讦。但是洋务派毕竟在列强环伺的形势下,开始摆脱盲目排外的心理与影响,有限地挣脱了祖宗成法的约束,是从掌握实权的大官僚立场出发的自强要求。中体西用论,也是中西法文化最初的结合形式,它深深印着急速变动中的国情烙印,是晚清具有代表性的理论之一,它对于改良派法律思想的形成,以及晚清近半个世纪的政治、经济、法制的发展,都产生了一定的影响。

### (三)由礼法结合到礼法分野

产生在宗法伦理等级社会的出礼入刑、礼法结合是中华法系的主要特点之一。礼与刑的特殊关系,经过汉儒的论证,不仅理论化了,而且开拓了以礼入法的途径。至唐代,礼法结合已被看作是如同“昏晓阳秋”<sup>[8]</sup>之密不可分。凡属悖礼的行为必定为法所禁止,而为法所制裁的对象也必定与违礼相关。礼以法为后盾,使道德规范具有了国家的强制力;法以礼为指导,使法律规范增加了精神上的威慑。不仅如此,礼“禁于将然之前”,<sup>[9]</sup>即以礼规范人心,约束人们的行为,使之不逾越法律所允许的界限,因而成为预防犯罪的防线。每当社会动荡,人心浇漓之际,统治者都大讲“隆礼”,其用心就在于此。

由于礼在中国古代具有生存的深厚土壤,因而成为辗转相承,历史悠久的文化内涵。凡重礼者誉为礼义之邦,而重法者贬为暴政之国,这里固然反映了对于法的作用的认识偏颇,但也说明了礼的根基的牢固和渗透力。如同戴东原所说:“人死于法犹有怜之者,人死于礼其谁怜之。”<sup>[10]</sup>

清代是重礼的,这不只是传统的文化积淀的反映,更有其适应华夏族的心态与笼络知识界的政治原因。但重礼更多的是舆论上的宣传和形式上的渲染,礼法并重才是施政的实际。然而鸦片战争以后,传统的礼法关系也发生了变化,由结合而开始分野。

还在鸦片战争前夜,地主阶级改革派的思想家虽已有了面对世界的觉醒,但并没有摆脱礼的束缚。龚自珍便表示,“非礼无以劝节,非节非礼无以全耻”<sup>[11]</sup>又说:“出乎礼入乎刑,不可以中立”<sup>[12]</sup>包世臣也重复着礼“犹堤之防溢水也”的老调。经过三十几年的发展,至19世纪末维新派的谭嗣同高举反纲常的大旗,向着传统的礼制奋勇冲击,为礼法分野作出了极大的贡献。

综观历代封建朝编修的法典,都以纲常名教作为立法的基石。著名的《唐律疏议》关于“十恶”的规定中,便明确标出“五刑之中,十恶尤切,亏损名教,毁裂冠冕,特标篇首,以为明戒”。因此批判纲常名教,就是否定封建法制最重要的准则,其意义不言自明。

20世纪初期,沈家本为使新刑律的实施能够“一无扞格”<sup>[13]</sup>,被迫同意附以封建性的《附则》,但就其总体而言,无异是资产阶级性质的刑法典,是礼法分野的产物。在随后发生的与礼治派的论辩中,沈家本进一步表达了区分礼治的新观念。他针对礼治派代表人物劳乃宣关于“子孙违反教令”和“无夫奸”不加罪的攻击,反驳说:前者纯属家庭教育范畴,后者“有关风化,当于教育上别筹办法,不必编入刑律”。正因为沈家本的法观念中,礼与法已经开始分野,才有可能经过他建立新的法律体系,实现与西方近代法制的初步接轨。

#### (四)由维护“三纲”到批判“三纲”

自汉以来,“三纲”——君为臣纲、父为子纲、夫为妻纲一直是国家立法的伦理基础,而维护三纲更成为历代法制的基本任务。但从19世纪70

年代开始,早期改良派中胡礼垣、何启、陈炽等人已将批判的笔锋触及三纲。尤其是谭嗣同,他在“仁——通”思想的指导下高举反纲常大旗,发出了“冲决网罗”的呐喊,即“冲决利禄之网罗”,“冲决君主之网罗”、“冲决伦常之网罗”。他指出:“君臣之祸亟,而父子、夫妇之伦遂各以名势相制为当然矣,此皆三纲之名有害也”<sup>[14]</sup>“三纲”作为维护专制统治的儒家教条,不仅禁锢人们的思想,而且便于执法者任意出入人罪,“独夫民贼,固甚乐三纲之名,一切刑律制度皆依此为率,取便已故也”<sup>[15]</sup>

谭嗣同反纲常的法观念,是以谴责专制皇权为核心的,他的批判由于汲取了卢梭“主权在民”的民主思想,提出了君权由民权派生的理论,而与明末黄宗羲不同,反映了西学东渐的时代特色。

由维护三纲到批判三纲,表现了一种新伦理道德的萌芽,对于政体与法制改革具有重要的价值导向作用。没有新的伦理觉醒,就不会有宪政运动的发展和近代意义上的修律。

传统的伦理纲常无疑是阻碍法制变革的严重惰性力量,因此伦理更新的速度,接受的广度,认同的程度都与法制的近代化攸关。

#### (五)由君权神圣到君宪、共和

自秦始皇建立皇帝制度起,经过儒家“君权神授”、“君父相通”的说教,使君权不断强化,直到鸦片战争发生前,皇帝依然保持着神圣不可侵犯的崇高地位。但至十九世纪七十年代,早期改良派已把改良的锋芒触及专制制度。他们推崇西方设议院,行君民共主的政体,认为是国家富强之本,也是中国未来必由之路。

甲午战争以后,民族危机进一步加深,救亡图存成为时代的最强音。以康有为、梁启超、谭嗣同、严复等人为代表的维新派,不仅广泛宣传西方的民主与法制,而且进行了百日维新的实践。随着戊戌变法的失败,君宪纲领也失去了号召力,而由民主共和国的方案所代替。以孙中山、章太炎、邹容等人为代表,批判君主立宪与保皇,号召推翻清朝,建立中华共和国。

由君权神圣到君主立宪,再到民主共和,是中国近代政治与法律观念演变的重要里程碑,它在不同时期、不同程度上赢得了民众的同情与支持。

清朝的被推翻充分显示了精神力量与物质力量相结合所产生的巨大能量。

#### (六)由以人治国到以法治国

在中国封建时代是以人治作为国家运营的关键,所谓人治实质上是君治和君主操纵下的官治,这是由专制制度所决定的。先秦法家虽然主张“重法而治”、“缘法而治”,但法家学说恰恰是封建专制制度的理论基石。它所辩护的是君主集权,它的实施也以莫测高深的君主居中驾驭为条件,实际上法家只是强调了法的治世之用的工具价值而已,并没有从根本上否定人治。但到十九世纪末二十世纪初,中国先进的思想家开始接受西方的法治观念,并为它的实施奔走呼号。

维新派理论家严复,反对“有治人无治法”的传统观点,认为人治之下,“昌世少而乱世多”,欲图中国之富强与久安,需要以法为治,建立上下咸遵,“一国入必从”的完备法律制度,“虽天子不可以不循也”。<sup>[16]</sup>另一位维新派思想家梁启超则批评荀子关于“有治人,无治法”、“法不能独立……得其人则存,失其人则亡”的观点,指出“荀卿有治人无治法一言,误尽天下,遂使吾中华数千年,国为无法之国,民为无法之民”<sup>[17]</sup>。他认为“法治”为今世所莫能易,凡“恃人不恃法”,难免“人亡则其政息”。<sup>[18]</sup>

资产阶级革命民主派的理论家章太炎,主张“专重法律,足以为治”,反对“过任治人,不任治法”。他说:“为治固当循绳墨,无所用贤,且有劳者得超出,溺职者受罢黜,材者固无患其沉滞,虽下贤亦自见冷淡矣”。<sup>[19]</sup>尤其是资产阶级民主革命的先行者孙中山,不仅是资产阶级法治的言者,也是行者。他主持下的南京临时政府为时虽短,却进行了一系列的立法活动与司法改革,力图实现以法治国。辛亥革命以后,民主共和的观念之所以深入人心,是和法制建设的影响分不开的。

人治与法治是两种不同制度的产物,鸦片战争后社会的剧变和西方法文化的输入,使近代法治观念逐渐确定,成为批判传统的人治与礼治观点的有力武器。

#### (七)由义务本位到权利追求

中国古代法律虽然详列庶民对于国家应尽的纳税、力田、守法、尽忠、服徭役、兵役等义务,却没

有关于庶民权利的任何规定。在专制制度下权利是带有深刻的等级烙印的,所谓“良贱之殊,礼亦异数”。律比畜产的奴婢,其人格权和生存权完全被漠视,更遑论其它权利。

在西方天赋人权观念的影响下,中国人逐渐萌发了权利意识,要求法律上的平等权与自由权。如果说龚自珍、魏源等人的著作中已经闪烁着最早的人权思想火花,那么甲午战争前后,在郑观应、何启、胡礼垣、康有为、严复、梁启超、谭嗣同、黄遵宪、樊雅、皮嘉裕等人的笔下,几乎都涉及到了天赋人权问题。尤其是严复通过译书介绍了自然法学派的天赋人权论、民约论与分权论,并在译文中写入大量很有价值的案语,用以批判现行法律,推动政治改良运动。他认为西法优于中法的秘密就在于,西法保护与人生而俱来的自由权,如有侵犯即构成“逆天理,贼人道”的严重犯罪。当人们的自由权得到法律保障,才可以充分发展“民智”、“民德”、“民力”,因此要拯救中国,就应按天赋人权之理,变被动的只尽义务为主动的权利追求,使“为上而立”的法律变成“为民而立”的法律。他坚信如能循此行之数十年,“民不大和,治不大进,国不富强”,甘受“莠言乱政”之罪。

以孙中山为首的民主革命派提出的共和国方案之如日中天,成为组织与动员群众的强大精神力量,就在于它符合了广大民众的权利追求。

#### (八)由司法与行政不分到司法独立

在专制制度下,司法与行政是不分的。西学东渐以后,洛克、孟德斯鸠的分权论受到先进知识界的普遍欢迎。早期改良派马建忠在《上索伯相言出洋工课书》中,介绍了西方三权分立制度,认为,“粲然可观”。其后,严复以英国宪政“久行不敝”、“上下相安”为例,来说明洛克、孟德斯鸠的分权论较之中国帝王、守宰“一人身而兼刑、宪、政三权”的优越性。在康有为设计的变法蓝图中,也以三权分立作为支撑点,他说:“近泰西政论,皆言三权,有议政之官、有行政之官、有司法之官。三权立,然后政体备。”<sup>[20]</sup>“行三权异立之制,则中国之治强可计日待也。”<sup>[21]</sup>

章太炎从反对封建专制制度的立场出发,也推崇司法独立,并以政府不得任意黜陟司法官吏和从豪门中选任司法官吏,作为独立行使司法权

的保证。章太炎晚年对资产阶级议会制度多所批评,但对三权分立却是始终坚持。孙中山不仅接受三权分立的思想,而且在《中华民国临时约法》中明确规定“法院是行使司法权的机关……依法审判民事、刑事案件。法官独立审判,不受上级官员之干涉”。以后又发展为五权分立。

综括以上,近代中国无论是改良派还是民主革命派,对于司法独立是具有共识的。由传统的司法与行政不分到司法独立,是法观念上的一次飞跃,它指导了晚清和民国时期的司法建设。

#### (九)由重农抑商到重商恤商

中国自古以来就是以农业立国的,在几千年的传统法律中,重农抑商的内容迄无改变。明末清初黄宗羲、唐甄等人曾经提倡“工商皆本”、“农商皆本”,但清朝建立以后,清朝皇帝所鼓吹的却是四民“皆尽力于南亩”。这说明重农抑商是和专制制度密切相关的,也是维持国家封闭环境的条件之一。此外,重义轻利的儒家道德观,也对重农抑商的政策与法律起着一定的作用。

然而,19世纪中叶以后,国情的变化,民族资本主义的发展,富国强兵的时代要求,以及西方功利主义价值观的渗透,推动了重商、恤商新观念的形成。早期改良派的代表人物薛福成说:“西人之谋富强也,以工商为先,耕战立其基工商扩其用”。<sup>[22]</sup>又说:“握四民之纲者,商也。”<sup>[23]</sup>陈炽、郑观应等还向清政府建议:“宜仿泰西各国,增设商部,管以大臣,并立商律、商情、商平、商税四司,分任其事”,<sup>[24]</sup>“重订税则,厘正捐章”,“凡有所求,力为保护”。<sup>[25]</sup>特别是提出制订商律,以实现护商的目的。

康有为在《公车上书》中,建议制订商法、市则、舶则。戊戌变法时期,还提出将中国“定为工国”的经济改革主张,他说:“夫今已入工业之世界矣,已为日新尚智之宇宙矣,而吾国尚以其农国守旧愚民之治与之竞,不亦悖乎?……知非讲明国是,移易民心,去愚尚智,奔守旧,尚日新,定为工国,而讲求物质,不能为国。”<sup>[26]</sup>

晚清修律从制订商律发端,说明重商、恤商的法观念对于立法实践的积极影响。

#### (十)由以刑为主到诸法并重

在中国古代,法与刑是同义的,都是“禁暴惩

奸”的手段。对于民事纠纷则视为“细事”,缺乏应有的法律调整。民事违法行为也往往采取刑罚制裁手段。正是以法为“惩恶之具”的狭隘理解,导致了畏法与厌法的社会风气。沈家本曾经指出:“举凡法家言,非名隶秋曹者,无人问津。名公巨师,方且以为无足轻重之书,屏弃为录,甚至有目为不祥之物,远而避之者,大可怪也。”“中国法律之学不绝如缕,非官此官者,莫肯一寓目焉。遑云穹究其源流而讨论其得失哉?”<sup>[27]</sup>

鸦片战争以后,原有的重刑轻民的历史条件发生了根本变化,人们开始接受西方近代的法律体系,打破了法即是刑的传统认识,向着“诸法并重”转变。康有为曾经指出西方国家“其民法、民律、商法、市则、舶则、讼律、军律、国际公法、西人皆极详明,既不能闭关绝市,则通商交际,势不能不概予通行。然既无律法,吏民无所率从,必致更滋百弊。且各种新法,皆我所夙无,而事势所宜,可补我所未备。故宜有专司,采定各律以定率从”。<sup>[28]</sup>康有为关于建立新法律体系的主张,反映了迅速发展的经济关系与社会关系对于法律调整的迫切要求,它影响着沈家本主持的晚清修律,并经沈家本之手建立了以大陆法系为模式的中国法律体系。

综上所述,在十九世纪末二十世纪初的新旧递嬗之际,在救亡图存已成为中国人民迫在眉睫的生死攸关问题,为了中华民族的生存,为了把20世纪的中国建成独立富强民主与法治的国家,先进的中国人曾经进行了勇敢的探索、论辩和斗争。在这个过程中,他们的法观念发生了明显的变化,这种变化是中国社会历史剧变的反映,是符合历史潮流的新思潮产物,是以挽救中华民族的危亡作为动因的。法观念的转变是促进晚清政治与法制改革的积极因素,也是在迎接新世纪的挑战面前,中国人为自己所确定的目标所作的公开回答。没有十九世纪中叶以后中国人在法观念上的转变,也就没有二十世纪初的新法律体系的建立和司法改革。尽管它只是中国法制近代化的开端,但没有这个开端,也就没有二十世纪中国法制的地位。

需要指出,在19世纪中叶以后,具有新的法观念的中国人,毕竟是凤毛麟角,广大的社会成员

依旧受着封建法观念的束缚和延袭已久的习惯的调整,这样的社会基础障碍着新的法观念的迅速扩展,一时还不能成为广大中国人自觉的理念,这就决定了中国法制现代化的过程是缓慢的。

## 二、体现新观念的修律与司法改革

晚清修律是指从1902年慈禧集团倡言新政,到1911年辛亥革命,近十年间的修律活动。它是为挽救清朝统治危机而被迫实行的变法新政的组成部分,也是爱国的开明官僚为收回治外法权而作的努力尝试。清修律时间虽不足十年,但却是在新的法观念指导下进行的,取得的成就十分明显。从此传统的封建法系终结了,中国法制与世界法制文明接轨,开始了中国法制近代化的历程。

在修律过程中起草的法制草案,改革的司法体系,翻译的西方法典,调整的民间习俗,都为民国时期法制的建设与发展,提供了重要的基础。

由于法制的变革不是孤立的,是社会关系一系列变化所推动的结果,而且牵涉到权力的角逐,经济利益的调整和意识形态的冲突,因此它是充满复杂斗争的过程。它所提供的经验教训和在特殊国情下走向法制近代化的规律,值得认真研究总结。晚清体现新观念的修律与司法改革简述如下:

### 1. 按照大陆法系建立中国新的法律体系

中国古代在专制制度下,重公权轻私权,反映在法典结构上,从《法经》到《大清律例》都是以刑为主、民刑不分。这种结构在自然经济为主体,以宗法家族为本位,以封闭为生存条件的历史背景下,有其必然性。但鸦片战争后,闭关锁国的环境已不复存在,中国和世界形成了不可分割的联系。此外,民族资本主义经济的发展和阶级构成的复杂化,以及由此而产生的利益冲突,都要求法律多方面的调整。因此,以刑法涵盖诸法的体系完全不能满足社会的要求。戊戌变法时期康有为曾提出制订民法、民律、商法、市则、舶则、讼律、军律、国际公法等。这项维新派未能完成的任务,在修订法律馆建立以后终于提上了议事日程。

近代中国法律体系的建立,深受大陆法系的

影响,这不是偶然的。中国在变法图强的过程中,鉴于一衣带水的日本经过明治维新一跃而为世界强国,因此是以日为师的。康有为在《上清帝第五书》中便明确提出:“闻日本地势近我,政俗同我,成效最速,条规尤详,取而用之,尤易措手。”<sup>[29]</sup>梁启超也认为“日本法规之书,至详至悉,皆因西人之成法而损益焉”。<sup>[30]</sup>修律期间通过翻译日本法律和聘请日本法学家参与起草,输入了以罗马法为基础的大陆法系。大陆法系以制定法为主要的法律形式,以宪法、民法、刑法、诉讼法等主要部门法为法律体系的框架,晚清修律就是按照罗马法系来改造中国传统的法律的。沈家本说:“窃维法律之损益,随乎时运之递迁,往昔律书体裁虽专属刑事,而军事、民事、商事以及诉讼等项错综其间。现在兵制即改,则军事已属陆军部之负责,民商及诉讼等律钦遵明谕特别编纂,则刑律之大凡自应专注于刑事之一部。推诸穷通久变之理,实今昔之不宜相袭也。”<sup>[31]</sup>

晚清修律最主要的成果《大清新刑律》,实际是一部采用近代资产阶级刑法体例和原则而制定的专门刑法典。

1911年8月完成的《大清民律草案》,吸取了大陆法系的民法原理、原则,并酌取中国的民情习惯,它的制订标志着传统的民、刑不分的立法结构已被打破。

从1904年起,在“恤商”、“护商”、“重商”观念的推动下,并基于调整工商业发展的紧迫需要,陆续制定了《商人通例》、《公司律》、《破产律》、《票据法》、《海船法》以及一系列奖励开办商业的章程。它们是传统的重农抑商法终结的证明和近代中国商法的滥觞。

沈家本在积极制订实体法的同时,也十分重视制订程序法,认为二者相因,不容偏废。1910年编成《民事诉讼法草案》和《刑事诉讼法草案》。

此外,还制订了《法院编制法》。

以上晚清修律的概况足以说明无论是立法的指导思想、理论依据、框架结构、规范内容都与传统的中华法系不同,它是按照西方大陆法系的模式建立的法律体系,尽管是粗略的,有些还脱离了中国的实际,但它所展现的却是一幅在新观念指导下的法制文明的图景。

## 2. 改良刑制,趋向文明

《大清律例》所规定的死罪条款之多,刑罚之残酷野蛮,曾经是西方侵略者攫取治外法权的藉口。如同沈家本所说:“西人每誉为不仁,其旅居中国者,皆借口于此不受中国之约束。”<sup>[32]</sup>为了收回治外法权,他在《删除律例内重法折》中提出删除凌迟、枭首、戮尸三种酷刑和缘坐、刺字各条。

随后在起草的《大清新刑律》中,废除了表现处罚主义、报复主义和威吓主义的种种酷刑,而以西方的近代刑制取代中国传统的五刑。

## 3. 取消蹂躏人权的法律条款

沈家本在西方天赋人权思想的影响下,奏请《禁革买卖人口变通旧例议》和《删除奴婢律例议》。他抨击“以奴婢与财物同论,不以人类视之”的《大清律例》。谴责“官员打死奴婢,仅予罚俸;旗人故杀奴婢,仅予枷号,较之宰杀牛马,拟罪反轻”,是粗暴地蹂躏人权,“殊非重视人命之义”。他进一步论证说:“奴亦人也,岂容任意残害。生命固亦重,人格尤宜尊,正未可因仍故习,等人类于畜产也。”

奴婢的买卖和役使,在中国是由来已久的,《大清律例》的律文虽然禁止买卖人口,但在例文中却允许“立契价买奴婢”,并在京都辟有人市。沈家本认为如果这种现象继续存在,不仅“与颁行宪法之宗旨相违背”,而且“为环球所不耻。”

沈家本关于禁革畜养奴婢与买卖人口的奏议,最能反映他在时代主流影响下所形成的民主精神的法观念,它与雍正初年恩准开豁奴婢的贱籍不同,而是对奴婢律例的否定。在新修订的刑律中,永远废除了买卖与畜养奴婢的条款。

值得注意的是晚清统治集团在接受沈家本上述奏议并付诸实施时,并没有发生明显的异议和阻挠,这说明在西方资产阶级人道主义的伦理价值观广泛渗入,而开明的官僚士大夫又为之努力奋争的背景下,不得不由容隐而认同。

## 4. 根据三权分立原则建立司法机关体系

晚清时期,无论是改良派、维新派还是民主派,都共同宣传论证西方三权分立学说,以此作为改造中国司法机关的理论指导和实行宪政的切实步骤。沈家本曾说:“东西各国宪政之萌芽,俱本于司法之独立”,<sup>[32]</sup>“宪法精理以裁判独立为要

义”,“司法独立,为异日宪政之始基”。<sup>[33]</sup>随着预备立宪的进行和修律的展开,逐渐将三权分立学说落实到改革司法的实践中去。1906年官制改革时,改刑部为法部,掌管全国司法行政;改大理寺为大理院,专理最高审判,并制定了《大理院审判编制法》和《各级审判厅试办章程》。1910年又制订了《法院编制法》,该法“考古今之沿革,订中外之异同”,“凡机体之设备,审级之制度,官吏之执掌,监督之权限,一一赅载”。<sup>[34]</sup>特别是明确规定行政主官及检察官“不得干涉推事之审判”。

《法院编制法》虽然没有来得及实施,清朝便已崩溃,但作为过渡形态的《各级审判厅试办章程》已在一些地区试行,创立了前所未有的新的司法机关体系,为民国时期司法机关的建设奠定了重要的基础。

## 三、几点思考

(一)晚清修律是在开放的环境中进行的,符合世界潮流,因而是有生命力的。

中国原是一个保守封闭的国家,从林则徐提倡睁眼看世界,把视野投向西方起,经过殖民主义者以战争手段强迫清政府向世界开放以后,中国已经不可能再回到过去的抱残守缺,夜郎自大的时代。为了适应中国与世界的新关系,曾经在同文馆发生过华夏与夷狄之辩,这次论辩由于形势的剧变,已不再是维持华夏中心论,而是统一于洋务派的“中体西用”。其后无论是维新派变法,还是民主派革命,其理论指导是西方的学说,其变革的蓝图是西方国家的体制,其最终的归宿是发展资本主义。虽然晚清的开放是殖民主义者以武力实现的,并伴随着中国主权与领土的丧失,但毕竟使一个封闭的国家接触到外界的新思潮、新事物,从而启迪人们去反思、去探索,以期找到一条救亡图存、富国强兵的道路。

到19世纪末,变法改革已由议论进入实践阶段。这时的变法改革与中国历史上的变法改革完全不同,它是在一个前所未有的开放环境中进行的,是以改造传统的经济结构与政治体制为目标的。可见开放是改革的前提,改革是开放的结果,

二者密切联系。如果说晚清开放是侵略者利益的驱动,那么改革也同样是被动的,只有革旧图新,才能保存国祚,才能救亡图存。这是贯彻鸦片战争后历史的一条主线,许多重大事件,包括修律都是围绕这条主线进行的。

开放的环境便于输入了西方先进的法文化,从而为晚清修律提供了理论上的依据。虽然晚清修律经过了艰难的历程,出现了集权与分权、守旧与图新、立法与变制的种种斗争,但几经折衷之后,终于完成了一系列新法的制定,其数量之多,变动之大,速度之快均为前所未有。由于当时大小臣工中,徘徊瞻顾者不乏其人,使得有些立法“虚悬草案,施行无期”,而清朝的迅速覆亡也使已立之法变成具文。只是晚清修律所开辟的道路,并没有被阻断,民国时期的法制建设,基本上是沿着前路继续走下去的,这不仅体现在成文法的继承上,更体现在价值取向上。总之,晚清修律与司法改革符合世界的潮流和中国法制近代化的客观需要,因而是有生命力的。

## (二) 改良政治是修律——法制近代化的前提

晚清政府是在顽固的慈禧集团把持下的保守政府。虽然面对国是日非、江山凌替的险恶局面,却依然率由旧章,拒绝任何触及传统权力根基的改良,1898年血腥镇压戊戌变法运动就是一个明显的例证。然而20世纪伊始,拒绝一切变革的清统治集团,也不得不举起改良政治与立宪的旗帜,表示要“君民共主”。这不是偶然的。

1900年发生的义和团运动虽然被镇压下去,但清政府已经失尽人心,资产阶级民主革命运动也已成燎原之势。帝国主义列强在迫使清政府彻底投降之后,又扶植它作为扩大侵华利益的工具。在这种形势下,慈禧集团已经无法照旧统治下去了,遂于1901年1月下诏变法,说:“世有万古不易之常经,无一成罔变之治法。穷变通久,见于《大易》。损益可知,著于《论语》。盖不易者三纲五常。昭然如日星之照世;而可变量者令甲令乙,不妨琴瑟之改弦……大抵法久则弊,法弊则更”,“法令不更,锢习不破,欲求振作,须议更新”。上谕要求内外臣工“各就现在情形,参酌中西振要,举凡朝率国故,吏治民生,学校科举,军政财政,当因当革,当省当并,……如何而国势始兴,如何而人才

始出,如何而度支始裕,如何而武备始修,各举所知,各抒己见,通限两个月内悉条议以闻”。<sup>[34]</sup>并特设督办政务处作为总理新政的机关。从此揭开了晚清最后十年变法新政的序幕。

稍后又宣布:“时处今日,惟有及时详晰甄核,仿行宪政。大权统于朝廷,庶政公诸舆论,以立国家万年有道之基”。<sup>[35]</sup>在预备立宪期间,改革了中央官制,建立并召开了谏议局、资政院,颁布了宪法大纲。晚清立宪总的说来是迫于形势的应变措施,但毕竟由极端专制走向某种改良。尽管这个改良极为有限,但却是中国近代政治史上的新事物,对于开发民智,灌输近代民主意识,起了推动的作用。例如,各省谏议局的召开便提供了一个发表议论,批评时政,抒发民情的讲坛。如果没有晚清的改良政治,就不可能出现修律与法制的近代化。

沈家本曾以修律实“预备立宪之要者”,日本明治维新也以改律为立宪之基础,向清廷进言。在他看来,修律是新政与立宪的重要内容,只有在新政与立宪的基础上,才有可能取得修律的成功。事实正是如此,晚清政治改良与法制改革是互动的,但前者是前提,政治改良必然要求法律的确认与保证,也只有法律化的政治改良才可能是切实的、定型的,具有支撑点的。晚清政治改良的最终失败,也使得法律改革未能达到预期的结果。

## (三) 移植西方法律和继承传统都要从中国实际出发

晚清修律是一个急救章,是采用最便捷的翻译西方法律和聘请西方法学家参与立法来完成的。这种紧迫性,一是适应预备立宪期限将届的需要,二是急于建立新的仿西方的法律体系以期收回治外法权。由于晚清修律基本上是移植西方的,因此在速度与数量上较之日本明治维新时期实有过之而无不及。但是简单地移植立法,势将脱离中国的国情,降低立法的施行效果,使得已制定之法大都停留在具文阶段,没有发挥调整社会生活准则的实际效力。例如《破产律》是仿日本相关法律制定的,但当时的中国并没有建立起相应的企业运行机制,因而颁行不久,便因上海钱业大亨之请而暂缓执行。次年,农工商部奏请将该律交法律馆重新统筹编纂,实际是束之高阁。又如,



晚清时期民间典买卖行为仍极流行,然而由日本学者起草的《大清民律草案》债编中,删去了典权,以致远离了社会生活。这样的立法虽以钦定的形式公诸于世,也不可能树立起应有的权威。

在人类文明的发展史上,法文化的移植无论东西方都是屡见不鲜的,而且是促进法文化共同发展的必要途径。但移植不能作为粉饰某种政治需要而流于形式,更不能无视本地的实际状况而硬性嫁接、全面嫁接。以晚清修律为例,当时民族资本主义经济虽有明显的发展,但封建性的农业经济依然占有较大的比重;封建专制主义的体制虽然发生某些改良,但其根基并未动摇;西方法文化虽然以其不可阻挡之势猛烈冲刷着中国大地,但真正理解、掌握,并用于改造中国的毕竟是少数;而传统的礼制和习俗,作为一种排斥异域的力量,继续发挥着保存自我,抵制外来文化的作用。无视这样的国情条件,徒于形式上移植西方法律,很难取得人们的信任,而这正是法律的权威性的主要来源。只有为人们所信任的法律才是真正的法律,只有在日常生活中起着影响的法律,才是有效力的法律。简单移植与全盘西化都缺乏持久性。

对于传统,同样应持分析批判的态度。在四千多年的传统文化中,其民主性的精华,如民为贵,君为轻的民主意识;“富贵不能淫,贫贱不能移,威武不能屈”的自由主义精神;有教无类的平等原则;“先天下之忧而忧,后天下之乐而乐”、“天下兴亡,匹夫有责”的个人价值观等等,无疑应该汲取、继承、发扬光大。然而以纲常为核心的礼制,尽管被封建统治者奉为中华民族的本体文化,也应予以批判摒弃。总之,无论移植外来法文化或是继承传统法文化,都要立足于中国的实际,注意可行性,避免盲目性。例如,晚清以日本为师进行法制改革便存在以下问题:

其一,由于中日两国国情和文化背景不同,因而对接受异质文化的反映也是不同的,总的说来,日本人重视讲求法学原理,注意从根本上改造旧日本的法制。中国人则为了谋求政治上的改良,而更多的注意形式上的袭取,以至西方的法文化在中国和日本所发挥的作用也有差异。

其二,1868年日本明治政府为推进改革曾郑

重宣布“破除旧来之陋习”,“求知识于世界”,为此坚决镇压了反对改革的佐贺之乱、熊本敬神之乱,秋月之乱、和获之乱。而清政府则相反,或者充当镇压改革的元凶,或者成为支持保守派的后盾。

其三,日本明治维新虽然取得了成功,使现代工业经济迅速发展,但是日本政府强调国家主义,成为一个缺乏民主的东方帝国。这本应在以日为师的过程中加以批判和摒弃,然而可悲的是这却成了清政府最感兴趣和最心领神会之处。以至应学习者漠然置之,应鄙弃者却视之为神奇,其结果不待智者自明矣。

如何解决西方法文化与传统法文化的矛盾关系,是一个贯穿百年法制历史的重大课题,也可以说是跨世纪的重大课题。悠久的中国法文化是以中华大地为摇篮,它体现了一个民族的历史发展和精神,它的发生与存在有其合理性与必然性,但又不可避免地具有因袭性与保守性。因此为了打破传统的法文化而移植西方的法文化,同样有其合理性与必然性。但是被移植来的西方法文化,只有扎入中国的土壤,成为本民族总体文化的一部分,才是成功的移植。

#### (四)充分发挥掌握新思想的人的作用

产生于中华大地的中国传统法制,具有适合于本国国情的必然性,因此经历了四千多年的发展,而迄无大变,称得上历史悠久,影响深远。直到鸦片战争以后,国情遽变,传统的法制才受到来自内外的冲击,发生解体与转型。在这个过程中掌握新思想的先进人物所起的作用,是需要充分认识与高度评价的。从表面上看中华法系的解体,是沈家本主持下的十年修律之功。然而事实上中华法系的解体与转型不是十年时间而是半个多世纪之久;不是沈家本一人之功,而是从林则徐到孙中山几代人的努力;不是简单的法律条文上的移植,而是先进的中国人不断思考、探索以至流血斗争的结果。正是他们在掌握了西方法文化之后,才绘制了中国未来法制的蓝图,并且组织力量加以实施。同时他们也从改制和更法的斗争实践中,认识到人才的重要性,因而不仅建立了法律学堂,还派员出国考察进修,聘请外国法学家到中国讲学,运用各种手段培养法制现代化所必需的人才。以法律学堂为例,从建立至清亡不过数年间,

却培养了近千名法律专门人才,没有这批骨干的支撑,也就不会有民国的法制。

综上所述,从十九世纪下半叶开始,中国的志士仁人便为法制的近代化而呕心沥血,不畏牺牲,奔走呼号。当 21 世纪来临之际,抚今追昔,不禁感慨系之。自从改革开放以来,为完善社会主义法制建设,所采取的措施和所遇到的问题,与晚清颇有相似之处。但历史不是简单的重复,而是在新的条件下,在更高的水准上,继续着前人所未完成的事业。因此晚清法制改革的道路、经验与教训,值得认真总结,这个总结不是简单地重温过去,而是从中体验传统与更新的复杂斗争,了解法制近代化的艰苦历程,掌握其规律性。

晚清修律与司法改革虽然杂沓纷呈,变化多端,但它是根据时代的变化而变化,伴随救亡图存的民族生存斗争而加强,吸收西方的法文化而舍旧从新,这就是规律。

中国近代的国情决定了重大的国家活动与群众斗争,无不与自强御侮、救亡图存这条近代历史的主线相联系。晚清修律体现了中国力求自主于

世界之林的渴望。

综观中外法制现代化的历史,无不以社会的现代化为基础,很难设想在封建社会的条件下会出现现代的法制文明。因此晚清修律与司法改革是社会进步的反映和结果,尽管这种进步是缓慢的。

需要指出,西方法文化的输入,使得先进的中国人重新认识了法律的价值,由此而掀起了研究法律的热潮。这种文化氛围有助于改变传统法文化影响下的习俗与心理状态,促进了新的法观念的形成,展示了中国法制改革的方向。

由于清朝统治下固有的政治、经济、文化发展的不平衡性,因外国资本主义的侵略而更形加剧。沿海地区经济与文化的发展,处于中国的前列,而广大的内地和边陲依然在传统的生产方式、思维方式与习俗的统治之下。从而决定了养成现代的法观念,贯彻民主的法制原则是一个较长的过程。但是正像中国社会的现代化不可阻挡一样,中国法制的现代化也必将在未来的新世纪里得到实现。曾经赢得世界尊重的中华法系,一定会重塑于神州大地。但重塑的中华法系不是旧传统的回归,而将是体现新的时代精神和新的民族精神与特色的伟大创造。

- [1] 《光绪朝东华录》总第 4655 页。
- [2] 《寄移文存六·政法类典序》。
- [3] 《寄移文存六·监狱访问录序》
- [4] 《寄移文存六·重刻明律序》。
- [5] 《校邠庐抗议》,《采西学议》。
- [6] 《遵旨复议新编刑事民事诉讼法折》,《张文襄公全集》卷 69。
- [7] 《遵旨筹议变法谨拟整顿中法十二条折》,《张文襄公全集》卷 53。
- [8] 《唐律疏议》卷一,《名例》。
- [9] 《汉书·贾谊传》。
- [10] 《孟子宗义疏证》。
- [11] 《明良论》,《龚自珍全集》第一辑。
- [12] 《春秋决事比自序》,《龚自珍全集》第三辑。
- [13] 《仁学》,《谭嗣同全集》卷一。
- [14] 《仁学》,《谭嗣同全集》卷一。
- [15] 严复译《法意》第 2 卷,第 5 章案语。
- [16] 《论立法权》,《饮冰室文集》卷 20。
- [17] 《论立法权》,《饮冰室文集》卷 20。
- [18] 《代议然否论》,《章氏丛书·制录卷一》。
- [19] 《政治学学理摭言》,《康南海文集》卷 19。

- [20] 《请定立宪开国会折》,《戊戌变法》第二册。
- [21] 薛福成:《筹洋刍议·商政》。
- [22] 薛福成:《庸庵海外文编》卷三《英吉利用商务辟荒地说》。
- [23] 陈炽:《庸书》外篇卷上《商部》。
- [24] 郑观应:《盛世危言》。
- [25] 《请励工业奖创新折》,《戊戌变法》第二册。
- [26] 《寄移文存》六,《法学通论讲义序》。
- [27] 《上清帝第六书》,《戊戌变法》第二册。
- [28] 《上清帝第五书》,见《戊戌变法》,神州国光社出版。
- [29] 《变法通议》,《饮冰室文集》。
- [30] 《奏刑律分则草案告成由》、《档、法、律例 80 号》。
- [31] 《寄移文存》一,《删除律例内重法折》。
- [31] 《清末筹备立宪档案史料》,下册。
- [32] 《清末筹备立宪档案史料》,下册。
- [33] 《清末筹备立宪档案史料》,下册。
- [34] 《光绪朝东华录》总第 4655 页。
- [35] 《光绪朝东华录》总第 5563 页。