

The Legal History in  
Modern China

# 中国近代 法律史讲义

陈新宇  
陈煜  
江照信  
著



九州出版社  
JIUZHOU PRESS

全国百佳图书出版单位

## 图书在版编目(CIP)数据

中国近代法律史讲义 / 陈新宇, 陈煜, 江照信著.  
— 北京: 九州出版社, 2016.7  
ISBN 978-7-5108-4574-1

I. ①中… II. ①陈… ②陈… ③江… III. ①法制史—中国—近代 IV. ①D929.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第180763号

## 中国近代法律史讲义

---

作 者 陈新宇 陈煜 江照信 著  
出版发行 九州出版社  
地 址 北京市西城区阜外大街甲 35 号 (100037)  
发行电话 (010)68992190/3/5/6  
网 址 www.jiuzhoupublish.com  
电子信箱 jiuzhou@jiuzhoupublish.com  
印 刷 三河市东方印刷有限公司  
开 本 700 毫米 × 980 毫米 16 开  
印 张 19  
字 数 264 千字  
版 次 2016 年 9 月第 1 版  
印 次 2016 年 9 月第 1 次印刷  
书 号 ISBN 978-7-5108-4574-1  
定 价 58.00 元

---

★版权所有 侵权必究★

## 作者谨识

近代中国法面临着“三千年未有之大变局”，不同以往王朝更替，仍是在固有中华法系、律学传统之下的法律变革，近代以降的法律变革，乃传统中华法系解体，律学传统断裂，舶来的近代西方法制与法学和国家与社会发生“化学反应”的过程。

近代中国法在移植与继受之时代背景下，被赋予“器物、制度、文化”的三重属性，其既有工具理性的器物功能，又是国家建构的制度方略，兼具启蒙批判的文化意义，在法律近代化的不同阶段，这三重属性既有各自的彰显，亦有整体的展示。

近代中国法承载着“统一、守成、更新”的立法使命，“统一”意味着与世界大同良规保持一致，“守成”意味着对固有文化传统的尊重保留，“更新”意味着符合时代发展的潮流趋势，三者之间具有内在的紧张性，体现出古今中西问题的冲突。

近代法政人背负“政治救国”、“法律救国”理想情怀。其面临着近代国家与社会急剧转型，新思潮层出不穷之局面，理想与现实常有扞格，左右为难，每多迁就，主动或者被动之间，有着某种善变的特质，甚至不惜“以今日之我反对昨日之我”。

# 目 录

第一章 晚清法律改革	1
第一节 晚清法律改革的开启与动因	1
一 晚清法律改革的开启	1
二 晚清法律改革的外因	3
三 晚清法律改革的内因	11
第二节 晚清法律改革的主要内容	14
一 改造旧律	14
二 制定新法	18
三 设立新的法政机构	20
四 出国考察	30
五 开办近代法律教育	33
六 筹建近代司法体制	35
第二章 近代公法的变迁	38
第一节 近代公法概论	38
第二节 清末及南京临时政府时期的公法	46
一 清末的预备立宪活动与宪法性文件	46

二	南京临时政府时期的《中华民国临时约法》	64
三	清末及南京临时政府时期的行政法制	69
第三节	北洋政府时期（北京政府）的公法	75
一	《中华民国约法》与“袁记法统”的确立	75
二	法统斗争的继续与1923年的《中华民国宪法》	85
三	北洋政府时期的行政法制	97
第四节	南京国民政府时期的公法	101
一	从“护法”到“训政”	101
二	“训政”时期的制宪活动与宪法性文件	103
三	《中华民国宪法》（“蒋记宪法”）的主要内容和特征	108
四	南京国民政府时期的行政法制	113
第三章	近代刑法的变迁	116
第一节	近代刑法的编纂	116
一	《大清现行刑律》	116
二	《大清刑律》（通称《大清新刑律》）	120
三	《暂行新刑律》	130
四	《中华民国刑法》（旧刑法）	132
五	《中华民国刑法》（新刑法）	134
六	刑事特别法	135
第二节	“分别民刑”考	137
一	“分别民刑”问题的提出	137
二	从《大清律例》到《大清现行刑律案语》的变化	139
三	从《大清现行刑律案语》到《钦定大清现行刑律》的变化	149
四	“分别民刑”问题的实质	154
第三节	比附援引与罪刑法定之争	156
一	论争的焦点问题	156

二	沈家本对比附援引的批判	158
三	论争的解读与评价	166
第四节	纲常礼教条款之争	168
一	旧新两派与论争问题	168
二	新派阻挠新刑律的议决	171
三	新派在民国时期的思想倒退	173
第四章	近代私法的变迁	176
第一节	近代私法概论	177
第二节	清末私法	185
一	商部(农工商部)的设立与清末商法的制定	185
二	清末民法典的起草	194
三	《钦定大清商律》的完善和《大清商律草案》的起草	201
第三节	北洋政府时期的私法	205
一	民初的民事立法:援用“现行律民事有效部分”	205
二	北洋政府时期的民律草案(第二次民律草案)	207
三	北洋政府时期的商事立法	219
第四节	南京国民政府时期的私法	221
一	民国民法典的制定	221
二	民国民法典的主要内容及其特征	229
三	南京国民政府时期的商事立法	234
第五章	近代司法的变迁	237
第一节	司法的价值取向	238
第二节	法庭化与法官化	241

第三节 无法状态：中国法律“看不见中国”	250
第四节 法官罢工：司法不只是独立问题	254
一 民初司法革命：司法的价值大于独立	254
二 法官罢工：民初司法革命的失败	259
第五节 法律与政治：司法党化问题	264
一 法律政治化：司法党化的二段论	264
二 司法党化的理论阐释：司法党义化	274
三 关于民国司法党化的一个总体观察	278
第六节 法律民族化：重建中华法系论潮	280
一 法律民族化的历史语境	280
二 法律民族化运动之先声：中华民国法学会纲领	288
三 法律民族化运动的两段论：中国固有与重新建立	291
第七节 结语	294
后 记	295

# 第一章 晚清法律改革

## 第一节 晚清法律改革的开启与动因

### 一 晚清法律改革的开启

光绪二十六年十二月十日（1901年1月29日），八国联军入侵京城后仓皇西狩的慈禧以光绪皇帝名义发布上谕：“世有万古不易之常经，无一成不变之治法……盖不变者三纲五常，昭然如日星之照世，而可变者令甲令乙，不妨如琴瑟之改弦”，这份变法诏书拉开了晚清新政的序幕。<sup>①</sup>从法律改革的视角来看，晚清新政可以分为两个阶段：第一阶段仍在传统变法模式下，有制定近代法律的构想和举措，但更侧重在新思潮影响下对旧律的改造；第二阶段是在仿行宪政模式下，建立新的法政机构，大规模地制定近代法律。

变法诏书要求臣工“各举所知，各疏所见”，“详悉条议以闻”，在众多的奏折中，以两江总督刘坤一、湖广总督张之洞的《江楚会奏变法三折》最有代表性，其奠定了晚清新政前期制度改革的基础。奏折一为“育才兴学之大端”，包括“设文武学堂，酌改文科，停罢武科，奖劝游学”四个方面的内容。奏折二为“整顿中法十二条”，包括“崇节俭、破

<sup>①</sup> 参见李贵连：《沈家本传》，法律出版社2000年版，第198—200页。



常格、停捐纳、课官重禄、去书吏、去差役、恤刑狱、改选法、筹八旗生计、裁屯卫、裁绿营、简文法”。奏折三为“采用西法十一条”，包括“广派游历、练外国操、广军实、修农政、劝工艺、定矿律路律商律交涉刑律、用银元、行印花税、推行邮政、官收洋药、多译东西各国书”。<sup>①</sup>

就法律方面而言，《江楚会奏变法三折》奏折二中“恤刑狱”的九项内容，包括“禁讼累、省文法、省刑责、重众证、修监羈、教工艺、恤相验、改罚缓、派专官”，涉及对传统司法和刑罚制度的改革，<sup>②</sup>奏折三中“定矿律路律商律交涉刑律”，有关聘请各国著名律师来华编纂和教授矿律、路律、商律、交涉刑律四种近代法律。<sup>③</sup>

光绪二十八年二月初二日（1902年3月11日），清廷下诏，在强调《大清律例》“折衷至当，备极精详”之余，也意识到“为治之道，尤贵因时制宜，今昔情势不同，非参酌适中，不能推行尽善”，诏书认为应当专门制定矿律、路律、商律等专门的法律，要求出使大臣寻找各国通行的法律，咨送外交部，责成袁世凯、刘坤一、张之洞保举熟悉中外法律的人员来京编纂法律。同月二十三日（1902年4月1日），袁世凯等人奉命上奏，他们观察德、法、日等国经验，认为“变法皆从改律入手”，主张开设修律馆，推荐精通传统律例的刑部左侍郎沈家本和熟悉西方法律的出使美国大臣伍廷芳为总纂，并建议由沈、伍二人选任相关人员。袁世凯等人还认为日本法学水平很高，而且与中国乃同文之邦，风土人情相近，建议由出使日本大臣延请日本民法、刑法博士一人来华，协同编译。<sup>④</sup>

① [清]刘坤一、张之洞：《江楚会奏变法三折》，光绪辛丑九月两湖书院刊本，收入沈云龙主编：《近代中国史料丛刊续编第四十八辑》，台北文海出版社印行。

② [清]参见刘坤一、张之洞：《江楚会奏变法三折》，光绪辛丑九月两湖书院刊本，收入沈云龙主编：《近代中国史料丛刊续编第四十八辑》，台北文海出版社印行，第73—87页。

③ 参见[清]刘坤一、张之洞：《江楚会奏变法三折》，光绪辛丑九月两湖书院刊本，收入沈云龙主编：《近代中国史料丛刊续编第四十八辑》，台北文海出版社印行，第155—161页。

④ 参见李贵连：《沈家本传》，法律出版社2000年版，第202—204页；袁世凯：《会保熟悉中西律例人员沈家本等听候简用折》，收入天津图书馆、天津社会科学院历史研究所编：《袁世凯奏议》（上），天津古籍出版社1987年版，第475—476页。

这份奏折相关事项的出台过程的细节是：在人选上，袁世凯提出推荐沈家本和伍廷芳，获得刘坤一和张之洞的赞同。在学习对象上，张之洞提议修订法律应参照日本法律，聘请日本民法、刑法的法学博士来华，希望袁世凯在主稿时加入此这一条，获得刘坤一赞同。<sup>①</sup>

这份奏折的意义有三点：首先，主张开设律例馆负责修律；其次，推荐主持修律的人选；第三，选择了学习日本的方向。袁世凯、张之洞、刘坤一的上述意见在晚清法律改革过程中都一一得到落实。

在晚清新政之下的法律改革，借用梁启超关于中国近代化走的是一条从器物到制度，再到文化之路的分析框架，<sup>②</sup>此时法律的地位，已经不仅仅是鸦片战争到洋务运动期间侧重于国际公法的器物之用，而是已经过渡到制度的层面。这场法律改革由政府发动，乃自上而下的改革，其以修律为先导，体现出强烈的立法中心主义的色彩。

光绪二十八年四月初六日（1902年5月13日），清廷发布上谕：“现在通商交涉，事益繁多，著派沈家本、伍廷芳将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律悉心考订，妥为拟议。务期中外通行，有裨治理。俟修订呈览，候旨颁行。钦此。”<sup>③</sup>以此上谕为标志，晚清法律改革进入实际操作阶段。<sup>④</sup>

## 二 晚清法律改革的外因

### （一）领事裁判权的概念与发展演变

撤废领事裁判权，是晚清法律改革的重要目标，是改革者们论证其行为正当性的重要理据，是中国法律近代化和民族化的重要动力。

所谓领事裁判权（Consular Jurisdiction），指“一种基于双边条约的

<sup>①</sup> 参见李细珠：《张之洞与清末新政研究》，上海书店出版社2003年版，第262—263页。

<sup>②</sup> 详见梁启超：《五十年中国进化概论》，收入李华兴、吴嘉勋编：《梁启超选集》，上海人民出版社1984年版，第833—834页。

<sup>③</sup> 上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令》（1901—1911）第1卷，李秀清、孟祥沛、汪世荣点校，商务印书馆2010年版，第16页。

<sup>④</sup> 李贵连：《沈家本传》，法律出版社2000年版，第204页。

制度安排，即允许一国未享受主权及外交豁免的国民在另一国境内居住、游历、经商或从事其他活动期间得不受东道国司法追究，其违法犯罪及民事责任等情事概由其本国领事等官员依其本国法律审判。它既是属地司法管辖权的一种例外，也是对东道国司法主权的一种严重侵害。”<sup>①</sup>

鸦片战争后，通过一系列不平等条约，西方列强攫取了在华的领事裁判权，并且逐步明确其适用方式、扩大其适用范围。以下简单列举代表性的条约和条款。

1. 道光二十二年八月十五日（1842年9月19日）的《江南善后章程》：

至通商以后，华民归中国官管束，英国商归英国自理。华民有罪逃至英馆者，英夷不准庇匿。英商有罪逃入内地者，中国官即行交还。均经臣等明定善后章程，该夷亦切实照覆。是该民人等别经犯法，自当仍有该管事官照例惩办，该夷断不致多端阻挠。<sup>②</sup>

2. 道光二十三年八月十五日（1843年10月8日）的中英《五口通商章程：海关税则》第十三款“英人华人交涉词讼”：

凡英商禀告华民者，必先赴管事官处投禀，候管事官先行查察谁是谁非，勉力劝息，使不成讼。间有华民赴英官控告英人者，管事官均应听诉，一例劝息，免致小事酿成大案。其英商欲行投禀大宪，均应由管事官投递，禀内倘有不合之语，管事官即驳斥另换，不为代递。倘遇有交涉词讼，管事官不能劝息，又不能将就，即移请华官公同查明其事，既得实情，即为秉公定断，免滋讼端。其英人如何科罪，由英国议定章程、法律发给管事官照办。华民如何科罪，应治以中国之法，均应照前在江南原定善后条款办理。<sup>③</sup>

3. 道光二十四年五月十八日（1844年7月3日）中美《五口通商章

<sup>①</sup> 安国胜：《西风落日——领事裁判权在近代中国的确立》“代前言”，法律出版社2012年版，第1—2页。

<sup>②</sup> [清]梁廷枏：《夷氛闻记》，邵循正点校，中华书局1959年版，第123页。另参见安国胜：《西风落日——领事裁判权在近代中国的确立》，法律出版社2012年版，第115页。

<sup>③</sup> 王铁崖编：《中外旧约章汇编》，第一册，三联书店1957年版，第42页。

程：海关税则》（《望厦条约》）第二十一款：

嗣后中国民人与合众国民人有争斗、词讼、交涉事件，中国民人由中国地方官捉拿审讯，照中国例治罪；合众国民人由领事等官捉拿审讯，照本国例治罪；但须两得其平，秉公断结，不得各存偏护，致启争端。<sup>①</sup>

4. 咸丰八年五月十六日（1858年6月26日）中英《天津条约》第十六款：

英国民人有犯事者，皆由英国惩办。中国人欺凌扰害英民，皆由中国地方官自行惩办。两国交涉事件，彼此均须会同公平审断，以昭允当。<sup>②</sup>

5. 同治七年十一月十五日（1868年12月28日）中英美法《上海洋泾浜设官会审章程》第三款：

凡为外国服役及洋人延请之华民，如经涉讼，先由该委员将该人所犯案情移知领事官，立将应讯之人交案，不得庇匿。至讯案时，或由该领事官或由其所派之员，准其来堂听讼，如案中并不牵涉洋人者，不得干预。<sup>③</sup>

6. 光绪二年七月二十六日（1876年9月13日）中英《烟台条约》第九款：

中国各口审断交涉案件，两国法律既有不同，只能视被告者为何国之人，即赴何国官员处控告；原告为何国之人，其本国官员只可赴承审官员处观审。倘观审之员以为办理未妥，可以逐细辩论，庶保各无向隅，各按本国法律审断。<sup>④</sup>

领事裁判权在近代中国是一个发展和变异的概念，最初仅限于英

① 王铁崖编：《中外旧约章汇编》，第一册，三联书店1957年版，第54—55页。

② 王铁崖编：《中外旧约章汇编》，第一册，三联书店1957年版，第98页。

③ 王铁崖编：《中外旧约章汇编》，第一册，三联书店1957年版，第269页。

④ 王铁崖编：《中外旧约章汇编》，第一册，三联书店1957年版，第348页。

国，<sup>①</sup>后来扩展为多国。<sup>②</sup>最初只限于审判阶段，后来延伸至捉拿审讯。最初适用主体为条约国之人，后来扩展到其所雇佣的华民。最初中外双方依据被告的属人主义各司其职，后来演变出会审、观审方式。在上海等地租界内，出现了会审公廨（Mixed Court）这类特殊的司法机构，列强的领事等官员即便是在其本国人作为原告、甚至并无直接关系时，亦可以藉此手段来主导、操纵审判。<sup>③</sup>

在不平等条约之外，如英国、美国、日本等国还在中国设立专门的法庭或法院机构，作为领事裁判的上诉机构，从而构成了自成体系的一套审理机制。

目前学界关于领事裁判权被攫取是英方逼迫诱导还是中方拱手相让，西方在近代中国是否有意混淆领事裁判权和治外法权（Exterritoriality）之概念，当时中国在处理涉外问题时背后的天下体系观念与近代西方的民族国家观念如何比较评价等问题上存在争议，有待进一步研究。但可以确定的是，领事裁判权的存在不仅侵犯了中国的司法主权，亦对清政府的社会治理与专制统治造成极大的危害，其不仅在处理层出不穷的教案等涉外案件时进退失据，动辄得咎，而且对不同政见者在租界内的各种反政府活动无可奈何，无力管束。撤废领事裁判权成为清廷亟需解决的问题，光绪二十八年二月二十三日（1902年4月1日），在袁世凯等

<sup>①</sup> 在中英《南京条约》签字之后，为解决相关问题，中方给英方的照会第八项有“此后英国商民，如有与内地名人交涉案件，应即明定章程，英商归英国自理，内地由内地惩办，俾免弊端。他国夷商不得援以为例”字样。[日]佐佐木正哉编：《鸦片战争之研究》（资料篇），转引自安国胜：《西风落日——领事裁判权在近代中国的确立》，法律出版社2012年版，第111页。

<sup>②</sup> 通说为十九个国家，也有二十二国、二十九国之说。参见安国胜：《西风落日——领事裁判权在近代中国的确立》，法律出版社2012年版，第248—249页。

<sup>③</sup> 例如1903年在上海公共租界的“苏报”案，此案的原告为清政府，被告章太炎、邹容皆为中国人，从法理上讲英方本无管辖权。但英政府拒绝引渡，双方达成妥协由会审公廨设置额外公堂（特别法庭）审理，南洋大臣特派代表上海县知县汪瑶庭、会审公廨臬员邓鸣谦、英国副领事迪比南（B.Giles）三人会审，实践中庭审为迪比南所操控，最终判决邹容监禁二年，章炳麟监禁三年的意见主要出自租界的领事团。参见王敏：《苏报案的审讯与判决》，《史林》2005年第6期。关于该案审判的价值评价姑且不论，管见以为其作为一个先例，造成了一种事实意义上的领事裁判权的扩张，租界获得了法律上的“国中之国”地位，领事裁判权在具有属人主义的同时，也有了属地主义的吊诡特质。

人推荐沈家本、伍廷芳的奏折中，就提到如果按其建议进行法律改革，“内治必可改观，外交必易顺手，政权、利权亦必不难次第收回”，<sup>①</sup>所谓“政权”，应指包括领事裁判权在内的法律主权，所谓“利权”，应指包括关税自主权在内的经济权利。

## （二）商约谈判中的领事裁判权问题

与此背景相关联，中英两国从1902年1月10日起关于修订通商行船条约的谈判中，便对领事裁判权（当时称治外法权）的撤废问题进行了交涉博弈，前述光绪二十八年四月初六日（1902年5月13日）清廷上谕中的“通商交涉”、“交涉情形”应指的就是这场修订商约谈判。<sup>②</sup>

中英商约谈判中与领事裁判权相关的重要资料共有五处。

第一处出自1902年1月10日英方代表马凯与中方代表盛宣怀的谈判。

当马凯希望把英国人侨居贸易的权利由临时性变为永久性时，盛宣怀认为提出这一要求时机过早，而且只要治外法权存在一天，中国决不能答应。他说中国的法律不久即将修订，以与各国的法律更相接近。将来外国人如像在日本一样受地方官吏的管辖，即可准给这项权利。<sup>③</sup>

从中折射出来的信息是：首先，当时中方已有修律计划，在该日谈判的两个多月后，光绪二十八年二月初二日（1902年3月11日）颁布的诏书可以印证盛宣怀所言非虚，盛宣怀还谈到的“各国的法律更相接近”，也正是光绪二十八年四月初六日（1902年5月13日）清廷上谕所谓的“中外通行”应有之义。其次，对于英方所提要求，中方同意的必要条件是西方撤废在华的领事裁判权，中国希望能够像日本一样对外国人有管辖权。近代日本与中国类似，曾被西方攫取领事裁判权，经过变法维新和法律改革，终于在19世纪末撤废了该权，恢复了司法主权，这

<sup>①</sup> 袁世凯：《会保熟悉中西律例人员沈家本等听候简用折》，收入天津图书馆、天津社会科学院历史研究所编：《袁世凯奏议》（上），天津古籍出版社1987年版，第476页。

<sup>②</sup> 参见李贵连：《沈家本传》，法律出版社2000年版，第179页。

<sup>③</sup> 参见中国近代经济史资料丛刊编辑委员会主编，中华人民共和国海关总署研究室编译：《辛丑和约订立以后的商约谈判》，中华书局1994年版，第21页。

种先例对中国的变法修律有重要影响。

第二处出自 1902 年 1 月 27 日总税务司赫德致外务部函及商约依序节略之一的第十一款：

商律衙门海上律例云云。此议亦属甚善，若拟专条定约，应添载云：“俟律例定妥，衙门开设后，即将不归管辖各条删除。”<sup>①</sup>

该处的商约依序节略是赫德对马凯提出的要求所签署的意见，<sup>②</sup>赫德作为清廷的总税务司，在商约谈判中为清廷出谋划策，其所增添语句的意思应该是废除领事裁判权。

第三处出自 1902 年 2 月 18 日总税务司赫德致外务部函及商约依序节略之三：

现阅盛大臣电拟交英使各款，第一，系整顿律例办法，以便日后将洋人不归管辖之条删除，亟为应办之事。惟其语句似应有应酌改之处，即如此条系中国所拟，中国所请，何以有俟中国允准后之语。且此条因关系各国，若请英人代审，他国未必允从。又准华人听便一层，似非正办。缘既设此堂，应由此堂管理之事，必须由此堂管理。所拟实与函致之意，显有参差。应将贺税司所译洋文交阅再议，惟恐彼拟此改，或致有矛盾之虑。<sup>③</sup>

该处说明盛宣怀在谈判过程中曾提出修订中国法律，目的在于废除领事裁判权，此处可与第一处对比参照，如果说第一次是在谈判过程中口头表达修律的计划，这一次则是准备以书面更为正式的方式提出。

第四处出自 1902 年 3 月 6 日中国方面所提的《通商行船章程》第十七款：

曾定条约虽载明英国人应按英国律例由英官定办，惟英国商

<sup>①</sup> 中国近代经济史资料丛刊编辑委员会主编，中华人民共和国海关总署研究室编译：《辛丑和约订立以后的商约谈判》，中华书局 1994 年版，第 5 页。

<sup>②</sup> 中国近代经济史资料丛刊编辑委员会主编，中华人民共和国海关总署研究室编译：《辛丑和约订立以后的商约谈判》，中华书局 1994 年版，第 4 页注释 1。

<sup>③</sup> 中国近代经济史资料丛刊编辑委员会主编，中华人民共和国海关总署研究室编译：《辛丑和约订立以后的商约谈判》，中华书局 1994 年版，第 8 页。

民不能援引此条为不归地方官管理，即作毋庸遵守中国律例之据。凡华民照例不准行者，英国人民亦应一律遵守，以昭公允。且中国因此亦可愿意。凡遇华洋争讼事出，均于各处一律办理。故拟由外洋聘请有名律师督同熟悉中国律例者编纂律法，在通商口岸特设公堂，以便俟英国允准后华英人民所有词讼案情，均由该公堂按律专理。如中国尚未有本国熟悉新定律例之官员派充听审，或愿聘请英国律师在公堂代为听审，亦无不可。且准华人听便，或到地方官处伸诉，或到该公堂请办。<sup>①</sup>

该《通商行船章程》由税务司贺璧理拟具，其类似内容，已经体现在1901年10月9日总税务司赫德致奕劻、李鸿章的修约节略第四款中，<sup>②</sup>这可以证明中国早在谈判正式开始前便为撤废领事裁判权做好一定的准备。在谈判中以法律文件的方式正式提出。

第五处出自1902年7月17日马凯与中方代表张之洞的谈判（按：梁敦彦为翻译）。

梁敦彦：……张制军说，您必须让他能有可以拿出来的东西。他提出两款来。一款是关于治外法权的。我们想修订我们的法律，我们即将指派委员研究。您是否可以同意，在我们的法律修改了以后，外国人一律受中国法律的管辖。……

马凯（递过拟好的英文条款）：这是不是他所要求的意思？（梁敦彦朗读并翻译）。我想你们从来没有那样的条约，我也应当电告我的政府，请特准把这一条放进去。我也要说明这是经张制军特别要

① 中国近代经济史资料丛刊编辑委员会主编，中华人民共和国海关总署研究室编译：《辛丑和约订立以后的商约谈判》，中华书局1994年版，第13页。

② “不归管理之各条，似应增添此等语义，即系各国人民固应照约按本国律例，由本国官定办，然亦应知中国自有律例，凡华民照例不准行者，各国人民亦一律遵守，以昭公允。此条似系早晚必废之件，惟其问若中国能于各通商口岸自行另立衙署，请各国领事官用为审案公堂，并由中国派委员在座听审以资学习，并随时注写可用之律章，俾日后不归管辖之条件作废时，中国亦能取信于各国，不致接办时遇事竭蹶。”中国近代经济史资料丛刊编辑委员会主编，中华人民共和国海关总署研究室编译：《辛丑和约订立以后的商约谈判》，中华书局1994年版，第3页。



求的。

张之洞：自然你须向你的政府请示，但希望能在请示的时候说明你赞成增加这一款。

马凯：我必定向兰士丹勋爵说明这是张制军提出的，我本人也必定极力赞助这件事。

……

马凯：英国可以像在日本那样先同意，其他国家就会照办。在条约内取得英国的这种保证，可以对其他国家有很大的影响。人们会说在中国有最大利益的英国都答应了，我们自然不能例外。我想这样的规定很合张制军的意思。……

张之洞：你答应这几款，使我省了很多事。有不少人会指责我，但是我可以说马凯爵士很讲道理，我也必须对他讲道理。

……

会上也一致同意马凯爵士应电请英国政府授权在条约内增加一款如下：

“中国深欲整顿本国律例，以期与各西国律例改同一律，英国允愿尽力协助，以成此举，一俟查悉中国律例情形及其审断办法，及一切相关事宜皆臻妥善，英国即允弃其治外法权。”<sup>①</sup>

相比此前盛宣怀间接含蓄的表达，张之洞直接明确地提出撤废领事裁判权的要求（当然有相应的代价），并促成马凯拟定相关的条款，最终成为光绪二十八年八月四日（1902年9月5日）中英《续议通商行船条约》第十二款完全相同的内容。<sup>②</sup>正如马凯所设想的，在英国做出这样的承诺后，中美《通商行船续订条约》第十五款、<sup>③</sup>中日《通商行船续约》

① 中国近代经济史资料丛刊编辑委员会主编，中华人民共和国海关总署研究室编译：《辛丑和约订立以后的商约谈判》，中华书局1994年版，第137—139页。

② 王铁崖编：《中外旧约章汇编》，第二册，三联书店1957年版，第109页。

③ 王铁崖编：《中外旧约章汇编》，第二册，三联书店1957年版，第188页。

第十一款、<sup>①</sup>中葡《通商条约》第十六款、<sup>②</sup>中瑞（典）《通商条约》第十款<sup>③</sup>等也有相同的内容。

综上，可以说中英商约谈判正是在清政府启动以撤废领事裁判权为重要目标的法律改革时，借以观察和试探西方对领事裁判权态度的重要窗口。从时间对比上看，商约谈判从1902年1月10日起开始，到1902年9月8日结束。晚清启动修律的关键节点，从1902年3月11日清廷下诏准备修律，1902年4月1日袁世凯等提出改革方案、推荐修律人选，到1902年5月13日朝廷著派沈家本、伍廷芳修律，正好贯穿于商约谈判的进程之中。谈判期间关于领事裁判权问题的交涉，除了张之洞、盛宣怀等谈判代表，清政府所聘请的英人赫德、贺璧理等人也起到关键作用。当列强纷纷做出放弃领事裁判权的承诺，对晚清法律改革的范围与力度有重要的促进作用。

### 三 晚清法律改革的内因

除了外在的领事裁判权的压力，固有法自身的困境也是促成晚清法律改革的重要因素，其主要表现为三个方面。

首先，在法律体系方面，固有的法律体系无法回应近代社会与法律的发展与挑战。清代的制定法大体可以分为两个范畴：一、规定犯罪与刑罚及其相应程序等事项的刑事关系法；二、规定国家机关构成、行政管理准则、官吏行政处分等事项的行政关系法。这种主要由刑法与官法构成，治民与治官（吏）兼具的法律体系建立在帝制政体和农业社会的基础之上，主要功能在于维持国家政治与社会的稳定。在近代海禁大开后，随着外国资本与商品的进入，社会形态向农工商社会转型，从近代法学的视角看，固有的法律体系在法律理念上存在差异，在法律门类上存在不足。正是在这种背景之下，乃有康有为提倡制定民律、商法、市

① 王铁崖编：《中外旧约章汇编》，第二册，三联书店1957年版，第194页。

② 王铁崖编：《中外旧约章汇编》，第二册，三联书店1957年版，第256页。

③ 王铁崖编：《中外旧约章汇编》，第二册，三联书店1957年版，第518页。

则、舶则、讼律、军律、国际公法，<sup>①</sup>刘坤一、张之洞提倡制定矿律、路律、商律、交涉刑律等近代法律之举。<sup>②</sup>

就刑律自身而言。从体例上看，《大清律例》采取律例合编，律为常法，自乾隆五年（1740年）定型，不再变化，条例为特别法，对律进行补充与修订。律例之间有着相辅相成和矛盾冲突的两种关系，后一种关系在适用上有所谓“有例不用律”之说。为了协调律例之间的关系，清朝原有“五年一小修、十年一大修”的定时修例制度，但到了同治九年（1870年）便停止了，截至该年，条例数目已经从乾隆五年（1740年）的1049条扩展到1892条。<sup>③</sup>在法律滋彰且多年未经修订的背景下，律例之间的扞格加剧，为司法中上下其手提供了机会。从刑罚上看，凌迟、枭首、戮尸、缘坐、刺字等重法酷刑的存在，既有悖传统儒家仁政的传统，也不符合刑罚人道化的时代潮流。

其次，在司法制度方面，晚清尤其是太平天国运动期间，传统的死刑复核制度遭到严重破坏。原来死刑案件须经州县、府、省、刑部层层复审，最后由皇帝乾纲独断，彼时被针对土匪可以先行正法，然后奏闻的就地正法所取代。这一死刑核准权的下放，是经四川、福建、广东三省奏请，由朝廷加以确认，推广全国，制度化的标志可见咸丰三年（1853年）谕旨：“著各直省督抚……如有土匪啸聚成群，肆行抢劫，该地方官于捕获讯明以后，即行就地正法，以昭炯戒。并饬各属团练、绅民，合力缉拿，格杀勿论……至寻常盗案，仍著照例讯办，毋枉勿纵。”尽管该谕旨不无谨慎地区分了土匪案件与寻常盗案，但其甄别实际上交由地方判断，更有甚者，乃将生杀予夺之权力一放到底，不仅是封疆大吏的督抚，甚至团练、绅民也有格杀勿论之权，传统的人命关天在权力失去有效监督之下极易演变为草菅人命，导致冤案频发。在农民运动被镇压

<sup>①</sup> 康有为：《上清帝第六书》，收入中国史学会主编《戊戌变法》（二），上海人民出版社1957年版，第200页。

<sup>②</sup> 参见[清]刘坤一、张之洞：《江楚会奏变法三折》，光绪辛丑九月两湖书院刊本，收入沈云龙主编：《近代中国史料丛刊续编第四十八辑》，台北文海出版社印行，第155页。

<sup>③</sup> 参见《大清现行刑律案语》“凡例”，宣统元年秋季修订法律馆印。