

 使用大字体察看本文  
阅读次数: 218

## 晚清法制变革对现代法律文化建设的启示

金一超 宓明君

建设中国特色的社会主义法治国家,离不开对法律文化的研究和分析。虽然中国法律文化经过了百年的现代化探寻,也积累了不少经验,但还没有从根本上走出困境,仍面临着如何对待传统法律文化和西方法律文化、如何解决先进的制度性法律文化和落后的观念性法律文化之间的冲突以及如何与外部经济、政治环境相协调等理论和现实问题。在这样的时代背景下,把眼睛投向历史,从历史寻求借鉴特别是回顾晚清法制变革这样一个具有重要意义的历史过程,无疑可以给当代中国的法律文化建设带来深刻的反省和启示。

### 一、法律文化的基本涵义

法律文化是一种非常复杂的社会文化现象。在世界范围内,法律文化的概念最早出现在20世纪60年代。而我国法学界是在20世纪80年代中期,才开始对法律文化的研究。一直以来,基于对文化和对法律现象的不同理解,学者们对法律文化的概念和范围众说纷纭,莫衷一是。但大体上是从两个角度来认识的,即作为方法论意义的法律文化和作为对象化意义的法律文化。持前者观点的认为,法律文化是对法律的文化解释,是一种立场和方法;而持后者观点的则认为,法律文化是一种有实体内容的对象化存在,这种观点又将法律文化分为狭义和广义两种。广义的法律文化包括制度性法律文化(或称物质性法律文化)和观念性法律文化(或称精神性法律文化),前者如法律制度、法律规范等,后者则包括法律学说、法律心理、法律意识、法律习惯等。与此相对,狭义的法律文化则仅指精神性的法律文化。显然,上述两种关于法律文化概念的分歧,主要在于对其范围的界定,即是否应将制度性法律文化作为法律文化的内容。对此,笔者倾向于广义的法律文化观,本文的分析也是以此为基础的。

法律文化包括几方面特征:一是民族性和历史延续性。法律文化总是在具体的民族中产生发展,并在批判地继承旧的法律文化的基础上形成新的法律文化的。二是互融性。法律文化是人类所创造的共同的精神财富,不同法律文化在互相吸收、渗透中不断得到繁荣和发展。三是一定的法律文化总是与一定社会的经济、政治相联系,有什么样的经济基础、生产条件、生活方式,就有什么样的法律文化。同时法律文化又是一种用来调整社会关系和社会生活的调整性文化,承担着特定的政治使命和目的[1]。

法律文化是社会文化的构成内容。当代中国法律文化的现状,主要表现为法律文化的二元结构并存,即以适应现代化社会潮流的较为先进的制度性法律文化和以传统社会为根基的较为落后的观念性法律文化并存,并且两者相互冲突。这一冲突贯穿在法制产生、形成、运转、实现的全过程。因此,要实现法律文化的现代化,必须实现法律文化整体结构、体系、内容的现代化,即一方面要实现法律规范、法律制度、法律组织机构等的现代化,另一方面还要实现法律心理、法律意识、法律价值观念的现代化[1]。

### 二、晚清法制变革在法律文化方面的得失分析

鸦片战争之后,西方列强凭借坚船利炮,相继侵入中国,中国社会的政治、经济关系发生了重大变化。治外法权不但使中国主权不再完整,而且使中国几千年来法制一统的局面遭受沉重打击,中西两大文明在物质、制度、价值领域的冲突不断强化。1895年甲午战争惨败,中国彻底沦为半殖民半封建国家,以康有为为首的中国知识分子掀起了变法维新运动,开始了中国民众的法治之梦。1898年,光绪接受变法主张,颁布“定国是”诏,重用变法维新人士,颁发了数十道维新法令,这就是历史上著名的“戊戌变法”。“戊戌变法”虽然仅有百日,而且是操切上马,但其中确实蕴含了当政者谋求法治的朦胧意识。1901年,清政府发布了“变法自强”上谕,开始实行“新政”,内容主要有几个方面:一是宣布“预备立宪”,1908年公布了《钦定宪法大纲》,1911年又颁行《宪法十九信条》。二是本着三权分立原则改革行政官制,设置咨议局、资政院;基于司法独立原则改革审判制度。三是改革法制。1902年3月清廷颁布“修律”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。”<sup>①</sup>同年5月命沈家本、伍廷芳担任修订法律大臣,主持修律工作。1904年,修订法

律馆奉旨建立。根据清廷发布的“务期中外通行”的修律方针,沈家本确定了以“参考古今,博稽中外”、“汇通中西”、“专以折冲樽俎,模范列强为宗旨”为修律指导思想[ 2 ]。修律期间,清廷先后拟制了宪法性文件、民律草案、商律草案、新刑律、刑事诉讼律、民事诉讼律,以及关于警务、新闻、教育、金融、税制,甚至商标、国籍等方面的法规,在中国法治化的漫漫征程上迈开了第一步。但这一变革并不是内生的,而是外力所致,当时的中国因此也并没有走上强国富民的法治之路。

晚清法制变革是清王朝在西方列强的多次沉重打击及民主革命浪潮的冲击下,为维护自身封建统治而被迫进行的,本身带有被动性和不彻底性。但是,清王朝的最终覆灭,并不意味着修律的失败。清末修律在吸收和借鉴世界各民族先进的思想、制度和方法上作了大胆的探索,对中国法律文化有着积极意义。但同时,也终于未能在中国建立真正的法治。从法律文化的角度探究其中的得失成败,可以给今天的法制建设带来一些启迪。

### (一)变革的积极意义

从制度层面看,大规模的立法活动及带有资本主义色彩的法制体系的形成,打破了几千年来中国传统法律文化的基本格局,形成了新的法律架构,为清以后中国法制的发展奠定了基础。中国传统法律文化在结构上的一个基本特点,就是“诸法合体、民刑不分”。在这样的法律架构中,实体法和程序法完全融合,刑事法律规范异常发达,民事法律规范则处于从属地位,形成了“重刑轻民”的规范格局。晚清修律以后,这种结构发生了历史性的变化。晚清政府新制定的法律,均参照了西方国家尤其是大陆法系国家的法律结构模式,从而彻底改造了传统中华法系的法律结构。如在修律中产生了中国首部宪法性文件,规定了中国法律史上从未有过的国会权力、权利义务等概念和内容。从1902年到1911年,通过大规模的立法活动,初步形成了以公法与私法为主体的新的法律架构,迈出了与世界法律接轨的第一步,为我国最终融入传统大陆法系奠定了形式和思想基础。

从观念层面看,晚清法制变革对近代法律观念的形成和民众法律意识的培养有着重大影响。修律的过程,本身就是先进的法律文化与传统法律文化激烈斗争、交锋的过程,并最终从形式上实现了由传统法律文化向现代法律文化的转变。在这样的社会背景下,民间研究法律的风气也日益形成,各地纷纷设立法律学堂和各类法律研究机构,到国外留学学习法律的人数也急剧增多,从而掀起了中国历史上第一次法律教育和法学研究高潮[ 2 ]。同时,沈家本组织了大规模的系统的西方法律翻译工作,也使现代先进的法制原则、法律概念、法律思想得到广泛传播,唤起了中国人法律意识的逐渐觉醒。从恪守祖宗成法,到转向批判成法;从“师夷变法”的新观念的产生,到大量翻译、模仿西法,所有这些转变,都是促进晚清政治法律制度真正变革的积极力量,是思想上对时代挑战作出的切实回应。正如梁治平先生所言:“实际上,它是一场文化冲突的产物,其历史的和文化的蕴含远远超出了它的政治意义。”“中国法的性质却已无挽回地改变了,……它已由‘中国在亚洲’的阶段进入到‘中国在世界’的阶段”。“自此之后,中国人在学习西方的科学技术、经营管理之外,又开始学习西方的法律,学习西方的治国之道。”[ 3 ]

### (二)变革中未能解决的几个问题

1、西方法律文化与中国传统法律文化的冲突和交融。西方资产阶级的法律和法学,在列强的炮火和商品倾销中一起传入中国,对中国传统法律文化产生了巨大的冲击。两种法律文化的基本模式、价值取向截然不同。“西方法律文化建构于商品经济基础之上,而中国传统法律文化则建构于自然经济基础之上。两种不同的经济文明体系必然造就两类不同的法权体系,从而导致中西方法律文化的剧烈撞击与冲突。从已经凝固的法律文化意识、情感、观念出发,中国传统法律文化对于西方法律文化是难以接受的,因此冲突难以避免”。②与此同时,近代中西法律文化的相互交融也日益密切。一些有识之士和官僚士大夫开始重新考察中国传统的法律文化,并逐渐了解西方法律文化。如以龚自珍、魏源为代表的地主阶级改革派,一方面宣传“变法图强”,另一方面又认为封建主流法律思想的基本原则不能变;以康有为、梁启超为代表的资产阶级改良派,在法律上主张采撷西法,改革刑律,形成了比较明显的资产阶级法学观;曾国藩开创的洋务运动则“变器不变道”,“略食西洋之法”,即所谓“中学为体,西学为用”。而作为基本上贯穿始终的修律大臣,沈家本一方面力主采纳西方资产阶级的法学理论和法律原则,但同时又认为:“吾国旧律,自成体系,精微之处,仁至义尽,新学要旨,以包涵之内,乌可弃髦等视,不复研求?……无论旧学新学,不能舍情理而别为法也,所贵融会而贯通之。保守经常,革除弊俗,旧不俱废,新亦当参”,③主张“旧律”与“新学”“相互发明”。[ 2 ]在变法修律过程中,一方面,大量新律体现了中西法律文化的融合。如《法院编制法》,模范西方列强,立足审判独立;《大清新刑律草案》则完全采用西方刑法的体例,分总则、分则,总则为纲领,分则为具体事例,并在内容上也作了重大变革。但另一方面,对传统法律文化的固守与眷恋,又使修律过程及新律的内容处处留有传统的痕迹。晚清修律在规定“参考古今,博稽中外”,“专以模范列强为宗旨”的具体方针的同时,又规定“旧律义关伦常诸条,不可率行变革”,也即所谓“中体西用。”这种态度从根本上决定了晚清法制

变革的不彻底性。如修律过程中长达10年左右(1902—1911)的“礼法之争”,实质上就是两大文化的直接交锋。在这场交锋中,围绕《大清新刑律》等新式法典的修订,是继续以法典化了的“纲常名教”等礼教原则还是以西方法理学原则作为修律的指导思想,以沈家本为代表的“法理派”与以张之洞、劳乃宣为代表的“礼教派”展开了激烈争执。结果是清廷袒护了礼教派的意见,声称三纲五常“实为数千年相传之国粹,立国之大本。……凡我旧律义关伦常诸条,不可率行变革,庶以维天理民彝于不敝。”<sup>④</sup>对此,沈家本只好退让,同意在新刑律正文后加《附则》五条,规定“凡中国人犯以上各罪,仍按旧律惩处”。

可见,近代以来,传统的法律观念在逐渐发生变化。但与此同时,礼教派顽固势力的强大,沈家本等变法派人物背负固有法文化的累累包袱也使他们难以起步。在西法的冲击面前,修律者一方面致力于学习和引进先进的法律原则、法律术语等具体内容,另一方面又难以舍弃传统的法文化,试图从固有法文化中寻找足以与工业文明和法治文明相抗衡的东西。对西方法律文化和中国传统法律文化的这种既革新又恋旧的矛盾心理,使其终未能完成扬弃固有法文化,建设真正法治文化的任务。

2、观念性法律文化与制度性法律文化的分离与脱节。法律文化既以深层的传统积累潜移默化地影响人的法律生活,也以表层的规范、设施等形式为人所感知。晚清修律以后,中国传统法律文化结构发生了历史性的变化,形成了以公法与私法为主体的新的法律架构,中国法律制度的外部形式已经初步完成了向西方法律制度的转型。但与此同时,传统法律文化中蕴含的价值观念却没有得到现代意义的顺利转换,反而处处体现不同法律文化之间的冲突和妥协。如《大清民律草案》一方面广泛吸收了大陆法系民法的主要精神,另一方面却又把中国传统的礼教民俗作为厘定亲属法编的主要依据,明确规定“家族统摄于家长”、“家属尊卑之分以亲等及其长幼为序”,从而强化了封建家长制;在程序法方面,清政府唯一正式公布并要求实施的具有近代诉讼法性质的《各级审判厅试办章程》,将审判、陪审、律师辩护与代理、控告申诉等一套西方诉讼制度融合到中国诉讼的传统制度之中,形成中西合璧的格局。然而,由于未注意法律价值的同步建构,这种格局实际上貌合神离,各地官府依然我行我素,并未遵照章程行事[2]。传统的影响是顽强而坚韧的,西方法律输入以后,往往扭曲、变形,法律的形式与精神之间呈现出分裂、背离的状态,这是中国前期法制现代化过程中的一个普遍现象。

由此可见,晚清法制变革侧重于法律规范的移植(当然也有较多不足),而对隐藏在法律背后的价值观念明显重视不够,观念性法律文化与制度性法律文化经常呈现分离和脱节状态,使清末引进的西方法律制度,始终无法和中国社会真正水乳交融,法律和社会从来没有找到一个真正的切合点,纸面上的法律与社会生活中的“法”严重割裂,最终导致法制发展的畸形与缓慢。

3、与外部条件的关系——经济环境与政治环境的缺失。法律文化作为上层建筑,是由一定的物质生活条件所决定的。同时,它与政治等其他上层建筑有着十分密切的联系。在古代中国,自然经济在社会经济结构中居于支配地位,统治者执行“重农抑商”的经济政策。与此相适应,与商品经济密切联系、张扬个体权利的私法文化很不发达,而以权力为中心的公法文化相对发达。鸦片战争以后,外国资本主义广泛深入中国市场,使民族经济遭到了新的巨大的压力,日益动摇着传统的社会经济结构,封建自然经济开始解体,新的经济结构开始形成。在这样的经济环境下,传统法律文化存在着一个自身如何适应新的经济条件的问题。

“在这里,实际上隐含着的一个很深刻的思想,即:中国法制的变革,必须建筑在商品经济的浑厚基础之上。这是中国法制变革的最为持久、强大的力量”[4]。而从政治上看,变革一方面是因为列强为实现其进一步经济掠夺的需要,把改良法治作为其放弃治外法权的前提;另一方面则是资产阶级改良派和革命派的推动。孙中山领导的资产阶级民主运动的蓬勃兴起,义和团运动的沉重打击,资产阶级立宪派的极力敦促,八国联军的入侵北京,迫使清政府宣布“仿行宪政”,企图以君主立宪缓解各种日益激化的矛盾。由此而制定颁行的一系列法律制度,即是采取的重要方法之一。纵观清末法制的演变,不难看出,列强的侵略和压迫是导致这一演变的重要因素。

因此,真正法治的建立,应该是社会经济、政治等多方面综合发展的顺理成章的结果,而非外力的强制所能达成的。商品经济的形成和资产阶级政治制度的确立实现了西方法律文化的近代化,市场经济和资本主义民主政治的发展又实现了西方法律文化的现代化,这也符合马克思主义关于经济基础决定上层建筑的基本原理。晚清时期,中国从西方移植的法律、法规规模巨大,但这些法律法规到了中国就会变样走形,很重要的一个方面,就是当时的中国缺乏生长这种法律、法规的经济和政治根基。

### 三、晚清法制变革对现代法律文化建设的几点启示

#### (一)正确对待中西法律文化

法律文化具有开放性、继承性和互融性。晚清法制变革的经验教训告诉我们,现代法制建设,必须首先解决对中国传统法律文化和西方法律文化的基本态度问题。在此前提下,才有可能实现法律观念、法律规范、法律设施和法律艺术诸层面的现代转型。



1、以开放意识和批判意识面对西方法律文化。一方面要注重法律文化的开放性,注重在与外族法律文化的交流中,吸取营养,充实自身,并由此得到发展。我国是一个法治后进型国家,我们曾经拥有的历史悠久的中华法系,远远不足以构成支持现代法治运作的资源。而西方国家在上百年的法治实践中积累了关于法治的比较完整的知识和体系。同时,我们所要制定的有关市场经济的法律法规,本质上是现代市场交易的规则,在这些规则背后起作用的是现代市场经济共同的客观规律。这就决定了我们不仅有可能而且必须吸收和借鉴国外的立法经验。尤其在当今全球经济一体化的大背景下,更应以一种开放、平等的态度,大胆借鉴西方国家的成功经验和优秀成果,使我国的法律文化建设符合世界法律文化发展的潮流和特征。另一方面,还应以批判意识对待西方法律文化。西方资本主义法律文化从总体上集中表现了资本主义社会物质文明、制度文明、精神文明的发展水平,但它同时也有着自身的历史局限性。因此,必须从实际出发,根据现实需要引进西方法律文化,建构中国特色的现代法律文化。

2、以“扬弃”的态度面对中国传统法律文化。法律文化的发展具有历史延续性。对待中国传统法律文化,应该坚持历史的、冷静的分析,从总体上和根本精神上对中国传统法律文化进行梳理,取其精华,去其糟粕。尽管我们从感情上不愿意否定传统,但是,历史证明,中国传统法律文化按照自身的发展逻辑,很难创造出现代民主与法治。因此,我们不能让传统法律文化的糟粕成为现代法制建设的桎梏。但是,我们可以把中国传统文化中的许多积极因素整合到中国社会的文化之中。从这个意义上说,这也是对传统法律文化进行创新和转化的一个过程。

### (二)注重制度性法律文化和观念性法律文化的协调发展

分析晚清法制变革的过程可以看出,制度性法律文化和观念性法律文化的分离和脱节,会对一个社法律制度的实现带来很大困难。因此,当前的法律文化建设,一方面仍应继续重视制度性法律文化的建设,要重视法律规范、法律制度的制定和建立,进一步完善社会主义市场经济的法律体系,体现立法公正,实现法律制度的创新;要加大司法改革力度,完善执法制度,保证执法严格公正;要完善各类监督制,实现监督有效;要完善法律设施,规范司法机构的职能,促进制度性法律文化的进一步发展。另一方,更应高度重视观念性法律文化的建设,要通过开展全民性的法律知识教育和法治宣传,普及法律知,通过大力弘扬和传播现代民主法治精神,增强全社会的法制观念,强化法律意识。同时,法律的制订更加充分体现“以人为本”的精神,使制度更关心人、贴近人,实现制度与观念的协调发展。

### (三)实现法律文化与经济、政治的良性互动

首先,市场经济是实现法律文化现代转型的根本途径。历史已经证明,自给自足的自然经济形态只能产生与之相适应的传统法律文化,要建设当代中国法律文化,就要促使社会主义市场经济的进一步确立和完善。市场经济对于推动法律文化现代转型的根本点,就在于它创造了现代法律文化赖以存在的社会土壤。其次,民主政治是实现法律文化现代转型的重要保障。早在上世纪80年代初,邓小平同志就提出,为了保障人民民主,必须加强社会主义法治,必须使民主制度化、法制化。在当前的时代背景下,中国共产党注重加强自身建设,提出“三个代表”重要思想和建立政治文明、物质文明和精神文明协调发展、建设和谐社会的重要理论,为实现法律文化的现代转型准备了领导力量和社会基础;而“依法行政”思想的落实,也为形成现代化的法治环境创造了良好的氛围。同时,广大民众广泛参与基层政权民主建设,将有利于唤起民众的主体意识和法律意识。总之,落实依法治国方略,建设社会主义法治国家,将是中国走向法治的一条最直接、最具体的必由之路。

以史为鉴,可以知兴替。晚清法制变革至今,历史的车轮又驶过了一个世纪。与当时相比,今日中国的法制建设的内容和环境已经发生了很大变化。但是,晚清法制变革留给我们的以上几点启示,对解决中国法律文化所面临的理论问题和现实问题,都具有现实意义。但愿我们在“摸着石子过河”的时候,晚清法制变革的经验教训能成为一个有益的参照。

#### 参考文献:

- [ 1 ] 刘作翔. 法律文化理论[M]. 北京:商务印书馆, 2001.
- [ 2 ] 张晋藩. 中国法律的传统与近代转型[M]. 北京:法律出版社, 1997.
- [ 3 ] 梁治平. 寻求自然秩序中的和谐[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1997.
- [ 4 ] 公丕祥. 法制现代化的理论逻辑[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1999.

①朱寿彭:《光绪朝东华录》第5册,中华书局1984年版,总第4864页。

②王申,《法律文化层次论》,《学习与探索》,2004年第5期。

③沈家本,《寄谥文存》,《法学名著序》。转引自李贵连《近代中国法制与法学》,北京大学出版社2002年版,第22页。

④《修改新刑律不可变革义关伦常各条谕》,载《清末筹备立宪档案史料》,中华书局1979年版。

来源:《浙江工业大学学报(社会科学版)》2005年第4卷第1期

## 发表评论

用户名:  (3-20个字符)

电子邮件:

用户评论:

发表评论

重置

## 用户评论

目前还没有评论。欢迎您成为第一位评论者!

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办

电话: 64022187 64070352 邮件: law-culture@163.com

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720