

法制史讲义第五章清末中华民国法律制度 PDF转换可能丢失
图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/449/2021_2022__E6_B3_95_E5_88_B6_E5_8F_B2_E8_c80_449023.htm

第一节 清末法律制度

一、“预备立宪”（一）背景鸦片战争以后，随着西方列强对中国侵略的加剧，清王朝所面临的各种矛盾亦逐渐尖锐化。就国内而言，封建体制中固有的各种矛盾并未得到丝毫缓解，而突出的民族矛盾、当权者与资产阶级改良派和资产阶级革命派的对立也更加激烈。从国际上看，西方列强为进一步控制中国，也不断对清朝政府施加各种压力，要求清政府改革旧的体制，以适应西方国家各方面的需要。20世纪伊始，处在风雨飘摇中的清王朝，在此内外交困之际，企图以实行“新政”为名，缓和各种矛盾，挽救危局。1904年爆发日俄战争，庞大的沙俄败于区区岛国日本，一时间舆论大哗。朝野上下普遍认为，日本以立宪而胜，沙俄因专制而败，要求清廷实行立宪的呼声日益高涨。（二）指导原则为应答舆论，清政府于1905年正式打出“仿行宪政”的旗号，并派遣五大臣赴日本等国考察宪政。五大臣回国后，上书建议进行“立宪之预备”，认为立宪有三大利：一曰皇位永固；二曰外患渐轻；三曰内乱可弭。次年9月，清廷颁预备立宪上谕，以“大权统于朝廷，庶政公诸舆论”为立宪指导原则。并采取无限期拖延的策略。可见清政府实行预备立宪的目的，在于敷衍和拉拢要求改革政体的资产阶级立宪派，抵制势不可遏的革命运动，并进一步取得帝国主义的支持，巩固清朝的专制主义政权。（三）《钦定宪法大纲》《钦定宪法大纲》是清王朝于1908年颁布的宪法文件。由宪政编查馆编订

，1908年8月公布。制定“宪法大纲”是清政府“预备立宪”的一个步骤，《钦定宪法大纲》也成为中国历史上的第一个宪法性文件。《钦定宪法大纲》共23条，分为正文“君上大权”和附录“臣民权利义务”两部分。第一部分共14条。第1条、第2条规定了皇帝至高无上的地位：“大清皇帝统治大清帝国，万世一系永永遵戴”：“君上神圣尊严，不可侵犯”。第3条至第14条规定了君主在立法、行政、司法、统率军队、宣布战争与媾和、宣布戒严等方面的各项绝对权力，并在许多条文之后加上“议院不得干涉”、“皆非议院所得干预”等词语，以保障皇权、限制议会的权力。第二部分为“附录”，规定了臣民纳税、服兵役、遵守法律诸项义务以及抄自日本宪法中的一些臣民权利。但对于每项臣民权利，均以“在法律范围内”作为限制语，并规定“皇帝得以诏令限制臣民之自由”。《钦定宪法大纲》无论在结构形式上还是条文内容上，都体现了“大权统于朝廷”的精神。其最突出的特点就是皇帝专权，人民无权。其实质在于给封建君主专制制度披上“宪法”的外衣，以法律的形式确认君主的绝对权力，体现了清代贵族企图继续维护专制统治的意志和愿望。但《钦定宪法大纲》对于皇权的“法定”和关于臣民权利与义务的第一次明确规定，对于启发民智，培养近代的法律意识具有一定的意义。（四）《十九信条》《十九信条》全称《宪法重大信条十九条》。它是清政府于辛亥革命武昌起义爆发后抛出的又一个宪法性文件，也是清代统治者立宪骗局最后破产的记录。1911年10月10日，武昌起义爆发，革命风暴很快席卷大半个中国，南方各省纷纷宣布独立，清王朝的统治处于土崩瓦解之中。清政府一面急忙调兵遣将，一面下

“罪己诏”，并宣布解除党禁，赦免国事犯，并命令资政院迅速起草宪法，企图继续玩弄立宪骗局度过危机。资政院仅用三天时间即拟定《宪法重大信条十九条》，11月3日由清政府公布。由于革命运动和全国局势的压力，《十九信条》在形式上被迫缩小了皇帝的权力，相对扩大了国会和总理的权力，但它仍然强调“大清帝国皇统万世不易”，“皇帝神圣不可侵犯”。尤其是它完全着眼于皇帝和国会的关系，对于人民的权利只字未提，更暴露出其虚伪性。正因为如此，清政府抛出《十九信条》以后，并未能够挽回清王朝大厦将倾的败局。

二、修律活动（一）修律的指导思想：“中外通行，有裨治理”

进入20世纪以后，面对国内革命运动的“心腹之患”和西方列强侵略的“肘腋之忧”，以及官僚士大夫阶层以收回领事裁判权为所谓“变法自强之枢纽”的呼声，清政府不得不自上而下地进行立法修律活动。1902年，清廷在修订法律的上谕中提出：“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”。这一修律的指导思想和原则后来被清朝统治者反复解释和强调：“折中世界各国大同之良规，兼采近世最新之学说”，即为适应时变，要吸收引进西方近现代法律形式、法律制度。同时，“不戾乎中国数千年相传之礼教民情”，即变法修律不能违背中国传统的封建伦理纲常，不能从实质上损害中国的封建政治制度与社会秩序。最终目的还是要巩固君主专制主义的统治。

（二）《大清现行刑律》

《大清现行刑律》是清政府于1910年5月15日颁行的一部过渡性法典。它是在《大清律例》的基础上稍加删改而成的，共36卷，389条，另有附例1327条，并附《禁烟条例》12条和《秋审

条例》165条。清政府颁布的《大清现行刑律》的目的是把它作为《大清新刑律》制定完成之前的部过渡性的法典，因而对相传已久的《大清律例》并没有作太大的修改，其基本内容也是秉承旧律旧例而来。《大清现行刑律》的变化主要在以下几个方面：（1）改律名为“刑律”。自秦代以后，中国封建各朝法典大体均以律相称。《大清现行刑律》则以“刑律”为名，以适应新的潮流。（2）取消了《大清律例》中按吏、户、礼、兵、刑、工六部名称而分的六律总目，将法典各条按其性质分隶三十门。（3）关于继承、分产、婚姻、田宅、钱等纯属民事性质的条款不再科刑。（4）废除了一些残酷的刑罚手段，如删除了凌迟、枭首、戮尸、刺字等刑罚和缘坐制度，改笞、杖刑为罚金、苦役，并停止刑讯。将主体刑罚确定为死刑（斩、绞）、遣刑、流刑、徒刑、罚金等五种。（5）增加了一些新罪名，如妨害国交罪、妨害选举罪、私铸银元罪以及破坏交通、电讯的犯罪等等。由上可见，《大清现行刑律》只是在形式上对《大清律例》稍加修改而已，无论在表现形式、法典结构以及具体内容上都不能说是一部近代意义上的专门刑法典。（三）《大清新刑律》《大清新刑律》是清政府于1911年1月公布的中国历史上第一部近代意义上的专门刑法典。《清新刑律》分为总则和分则两编，共53章，411条，另附有《暂行章程》条。同《大清律例》和《大清现行刑律》相比较，《大清新刑律》在形式上和内容上都有比较大的改动：（1）《大清新刑律》抛弃了以往旧律“诸法合体”的编纂形式，以罪名和刑罚等专属刑法范畴的条文作为法典的惟一内容，因而成为一部纯粹的专门刑法典。（2）《大清新刑律》在体例上抛弃了以往旧

律的结构形式，采用近代西方刑法典的体例，将整部法典分为总则与分则两部分。（3）《大清新刑律》确立了新的刑罚制度，规定刑罚分为主刑和从刑两种。主刑包括：死刑（仅绞刑一种）、无期徒刑、有期徒刑、拘留、罚金。从刑包括剥夺公权和没收两种。（4）《大清新刑律》采用了一些近代西方资产阶级的刑法原则和近代刑法学的通用术语。如《大清新刑律》采用了罪刑法定主义原则，删除旧律中的比附制度；采用了近代的法律面前人人平等原则，取消了因官秩、良贱、服制而在刑律适用上所形成的差别，取消了“八议”制度，并采用了西方资产阶级国家中通用的缓刑、假释、正当防卫等制度和术语，并对幼年犯罪改用惩治教育的办法，等等。总之，从单纯技术角度和形式上看，《大清新刑律》属于近现代意义上的新式刑法典，它标志着中国封建法律体系的瓦解和近代法律体系的诞生，是清末修律的代表作。但在当时的历史背景下，它又是同封建保守势力妥协的产物。附录《暂行章程》说明旧律传统的依然延续。《大清新刑律》公布后不久清王朝即告覆亡，因此并未正式施行，但它对以后中华民国刑事立法却有着深远的影响。（四）《大清民律草案》《大清民律草案》的制定由修订法律馆与礼学馆共同承担。具体的分工是修订法律馆负责起草民律草案前三编总则、债权、物权，后两编亲属与继承由礼学馆制订。起草工作正式开始于1907年，1911年8月完成。草案全文共36章，1569条。《大清民律草案》遵循的立法原则主要有以下三个方面：采纳各国通行的民法原则；以最新最合理的法律理论为指导；充分考虑中国特定的国情民风，确定最适合中国风俗习惯的法则，并适应社会演进的需要。制定民律草案

前三编所依据的主要是各国的现有成法和最新法学理论，后两编则以中国的传统礼教与民俗为依据。这对民律草案的内容产生了重要的影响，主要表现在以下两个方面；第一，民律前三编以“模范列强”为主。民律前三编在起草者松冈义正的影响下，以日、德、瑞士民法典为参照，体例结构取自德国民法典。在总则编中，采取了私有财产所有权不可侵犯、契约自由、过失致人损害应予赔偿等资产阶级民法的基本原则。在债权编中，规定了债权的标的、效力、让与、承认、消灭以及各种形式债的意义和有关当事人的权利义务等。在物权编中主要规定了对各种形式的财主权的法律保护及财产使用内容等。这些内容主要以西方各国通行的民法理论和原则为依据，对中国旧有习惯未加参酌，因而体现出明显的资产阶级民法的特征。第二，民律后两编“以固守国粹为主”。根据民律草案的起草原则，所有涉及亲属关系以及与亲属关系相关联的财产关系，均以中国传统为主。立法者具体提出这两编主要参照现行法律、经义和道德。因此虽也采纳了一些资产阶级的法律规定，但更多的是注重吸收中国传统社会历代相沿的礼教民俗。第四编亲属对亲属关系的种类和范围、家庭制度、婚姻制度、未成年人和成年人的监护、亲属间的抚养等作了规定。这一编体现了浓厚的家族本位特色，确定了家长在家庭中的特殊作用。第五编继承规定了自然继承的范围及顺位、遗嘱继承的办法和效力以及对债权人和受遗人利益的法律保护。这一编同样体现着浓厚的传统色彩，家族的传承观念，远远重于个人的物质利害得失。《大清民律草案》从整体上来说，由于急功近利，一味强调对最先进民法理论和立法成果的吸收，故而在许多方面与中国实际

严重脱节。前三编与后两编前后两部分的迥异，使整部法典的风格难以统一。就法典本身来说，《大清民律草案》不是一部成熟的法律草案，但作为中国历史上第一部民法典，对以后的民事立法产生了深远的影响。（五）礼法之争所谓礼法之争，是指在清末变法修律过程中，以张之洞、劳乃宣为代表的“礼教派”与以修订法律大臣沈家本为代表的“法理派”围绕《大清新刑律》等新式法典的修订而产生的理论争执。沈家本等人对清代所面临的社会危机、对西方国家的政治法律制度有比较深入的了解，因而主张中国应该大幅度地引进西方近、现代的法律理论与观念，运用“国家主义”等政治法律理论来改革中国旧有的法律制度。在修订《大清新刑律》、《大清民事刑事诉讼律》过程中，沈家本主持的修订法律馆经常运用西方国家的“通行法理”来对抗保守派的攻击，因而被称为“法理派”。而以曾出任湖广总督、后任军机大臣的张之洞、江苏提学使劳乃宣为代表，包括地方督抚在内的清廷上层官僚、贵族，则对变法修律持反对、消极的态度。他们认为沈家本等主持修订新律应“浑道德与法律于一体”，尤不应偏离中国数千年相传的“礼教民情”，故而被称做“礼教派”。法理派与礼教派争论的焦点主要集中在以下几方面：其，关于“干名犯义”条存废。“干名犯义”是传统法律中的一个重要罪名，专指子孙控告祖父母、父母的行为。法理派从西方国家通行的法理出发，提出“干名犯义”属“告诉之事，应于编纂判决录时，于诬告罪中详叙办法，不必另立专条”。而礼教派则认为“中国素重纲常，故于干名犯义之条，立法特为严重”，由此足见“干名犯义”条款大于礼教之事，是传统伦理的根本所在，因而绝不能

在新刑律中没有反映。其二，关于“存留养亲”。沈家本等人认为：“古无罪人留养之法”，而且嘉庆六年上谕中也明白表示过：“是承祀、留养，非以施仁，实以长奸，转以诱人犯法”。因此，“存留养亲”不编入新刑律草案，“似尚无悖于礼教”。礼教派认为，“存留养亲”是宣扬“仁政”、鼓励孝道的重要方式，不能随便就排除在新律之外。其三，关于“无夫奸”及“亲属相奸”等。依照传统伦理“奸非”是严重违反道德的行为，故传统刑律有严厉的处罚条款。“亲属相奸”更是“大犯礼教之事，故旧律定罪极重”。因此，礼教派认为在新律中也应有特别的规定。法理派则认为，“无夫妇女犯奸，欧洲法律并无治罪之文”。“此事有关风化，当于教育上别筹办法，不必编入刑律之中”。至于亲属相奸，“此等行同禽兽，固大乖礼教，然究为个人之过恶，未害及社会，旧律重至立决，未免过严”。因此，对此等行为，依“和奸有夫之妇”条款处以三等有期徒刑即可，“毋庸另立专条”。其四，关于“子孙违反教令”。礼教派认为，这样“子孙治罪之权，全在祖父母、父母，实为教孝之盛轨”。法理派则指出：“此全是教育上事，应别设感化院之类，以宏教育之方。此无关于刑事，不必规定于刑律中也。”其五，关于子孙卑幼能否对尊长行使正当防卫权。礼教派认为，“天下无不是之父母”，子孙对父母祖父母的教训、惩治，最多像舜帝那样“大杖则走，小杖则受”，只有接受的道理，而绝无“正当防卫”之说。法理派则认为：“国家刑法，是君主对于全国人民的一种限制。父杀其子，君主治以不慈之罪；子杀其父，则治以不孝之罪”，惟有如此“方为平允”。在修订新刑律的过程中，要拉近中国刑法与西

方刑法的距离，势必要引进包括“正当防卫”在内的一系列西方的刑法制度，同时也势必要对中国传统的价值观念、刑法制度作出一些调整和改变。而在实际上，这些局部的、细微的改变，引起了保守势力的激烈反对和攻击。在修律的方向和宗旨等问题上，礼教派的观点，实际上代表了包括清廷、社会上层贵族官僚、封建士大夫在内的保守势力的观念和态度。因此，清代政府正式发布上谕，明确表示：“惟是刑法之源，本乎礼教。中外各国礼教不同，故刑法亦因之而异。……但祇可采彼所长，益我所短。凡我旧律义关伦常诸条，不可率行变革……以为修改宗旨”。因而清末修律过程中的“礼法之争”，其必然结局就是法理派的退让和妥协，最终公布的新刑律后被加上五条《附则》，称《暂行章程》。规定了无夫妇女通奸罪，对尊亲属有犯不得适用正当防卫，加重卑幼对尊长、妻对夫杀伤等罪的刑罚，减轻尊长对卑幼、夫对妻杀伤等罪的刑罚等等。礼法之争及其结局，说明了保守势力的强大以及清政府的顽固立场，但在客观上对传播近代法律思想和理论起到了一定的积极作用，对于此后的近代法制建设具有重要影响。

（六）清末修律主要特点及历史意义

1.清末修律的主要特点。（1）在立法指导思想，清末修律自始至终贯穿着“仿效外国资本主义法律形式，固守中国封建法制传统”的方针。一方面清政府迫于激变的时局，不得不“改弦更张”、“参酌各国法律”，进行变法修律，但在根本问题上又坚持修律应“不戾乎中国数千年相传之礼教民情”。因此，借用西方近现代法律制度的形式，坚持中国固有的封建制度的内容，即成为清代统治者变法修律的基本宗旨。（2）在内容上，清末修订的法律表现出封建专

制主义传统和西方资本主义法学最新成果的奇怪混合。一方面，清末修律坚持君主专制体制及封建伦理纲常“不可率行改变”，在新修新订的法律中继续保持肯定和维护专制统治的传统；另一方面，又标榜“吸收世界各国大同之良规、兼采近世最新之学说”，大量引用西方法律理论、原则、制度和法律术语，使得保守落后的封建内容与先进的近现代法律形式同时显现在这些新的法律法规之中。（3）在法典编纂形式上，清末修律改变了中国传统的“诸法合体”的形式，明确了实体法之间、实体法与程序法之间的差别与不同，分别制定、颁行或起草了有关宪法、刑法、民法、商法、诉讼制度、法院组织等方面的法典或法规，形成了近代法律体系的雏形。（4）清末修律是清代统治者为维护其摇摇欲坠的反动统治，在保持君主专制政体的前提下进行的，因而既不能反映人民群众的要求和愿望，也没有真正的民主形式。

2. 清末修律的历史意义。

清政府在20世纪初期所进行的大规模修律活动，虽然在主观上讲是一种被动的、被迫进行的立法活动，修律本身也存在着根本的缺陷和局限性，但在客观上也产生了显著的影响，在中国近代法制发展史上占有重要地位。（1）清末变法修律导致中华法系走向解体。随着修律过程中一系列新的法典法规的出现，中国封建法律制度的传统格局开始被打破。不仅传统的“诸法合体”的形式已被抛弃，而且中华法系“依伦理而轻重其刑”的特点也受到了极大的冲击。清末修律标志着延续几千年的中华法系开始解体，中国传统的封建法制开始转变成在形式和内容上都有显著特点的半殖民地半封建法制。（2）清末变法修律为中国法律的近代化奠定了初步的基础。通过清末大规模的立法，参

照西方资产阶级法律体系和法律原则建立起来的一整套法律制度和司法体制，对后世特别是北洋政府和南京国民党政府法律制度的形成与发展提供了条件。（3）清末变法修律在一定程度上引进和传播了西方近现代的法律学说和法律制度。清末变法修律在中国历史上第一次全面而系统地向国内介绍和传播了西方法律学说和资本主义法律制度，使得近现代法律知识在中国得到一定程度的普及，从而促进形成了一部分中国人的法制观念。（4）清末变法修律在客观上有助于推动中国资本主义经济的发展和法学教育的近代化。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com