

【历史研究】

# 张之洞与清末修律\*

冯玉东

**摘要:**对于清末变法修律中的法、礼之争,以前的研究对于礼教派,不仅给予的关注不够,且多以陪衬、保守甚至反派的面目出现,这样的研究多有偏颇。作为礼教派最重要代表的张之洞,不仅对清末变法修律起到了重要的推动作用和奠基作用,他还是甄选修律人才的主要决策者和匡正修律内容的主要决定者,对于张之洞在清末修律中的地位 and 作用需给予正确评价。

**关键词:**张之洞;变法修律;礼法之争

**中图分类号:**K25

**文献标识码:**A

**文章编号:**1003-0751(2020)07-0129-04

我们研究清末变法修律,总结其过程中的利弊得失,离不开评价修律的有关人物。在清末变法修律的过程中,存在着礼教和法理两派,两派在清末变法修律的过程中主张不同、所起的作用不同、对事物的认识也不同,且双方进行了长达多年的争论,史称法、礼之争。<sup>①</sup>对于法、礼之争,以前的研究者多侧重于对法理派的研究且多给予法理派以正面的评价,而对于礼教派的研究,不仅给予的关注过少,且多以陪衬的角色,保守甚至反派的面目出现,有些研究者则直接称礼教派为保守派。<sup>②</sup>笔者在研究这段历史时发现,将礼教派归结为保守派是偏颇的。于此,笔者以礼教派的代表人物张之洞为研究对象,对其在清末变法修律的地位和作用给予研究和评价,以求教于大方之家。

## 一、张之洞对清末修律的推动作用

清末变法修律是在张之洞等人推动下完成的,光绪二十六年(1900)十二月变法上谕颁布之前,张之洞已经开始联络疆臣商讨上书,促使朝廷变法修律。<sup>③</sup>如光绪二十六年十一月二十四日,他在回复盛宣怀并转刘坤一、袁世凯的电报中说:“各国与中国

交涉,多不按各国通例。”“如能变法,则可渐望外人以通例待我矣。”<sup>④</sup>这份电报的内容不仅显示张之洞急于变法之心,同时也说明他积极推动变法修律的行动。

为促使朝廷决心变法,光绪二十七年二月张之洞再次向刘坤一等五位总督、七位巡抚以及其他两位大员共十四位地方大员发去电报,希望这些大员与其一道奏请变法修律。在这份电报中,张氏先是陈述了仿行西法的意义、作用等,最后说:“总之,今日国土日蹙,国权日夺,群强日逼,同则存,孤则亡,决定不移,更无他说。”“贱恙新愈,尚未拟稿。尊稿若成,望即见示。”<sup>⑤</sup>由此可以看出,为了国家存亡,为了推动变法修律,其不惜病躯,为联名上奏,积极与封疆大吏和其他大员联络的情形。光绪二十八年二月十三日,在回复刘坤一、袁世凯的电报中,张之洞又一次强调修律的必要性,电报称:“不改律例,交涉直无办法。内地杂居通商,此次商约虽然力驳,将来必难终阻。且此时散住内地之教士、游历寄居之洋人,已甚不少。藩篱已溃,不改律例,处处挠吾法矣。”<sup>⑥</sup>这是张之洞极力推动清末修律的又一直接证据。

收稿日期:2018-05-31

\* 基金项目:国家社会科学基金后期资助项目“清末变法修律与中国刑法近代化研究”(18FFX023)。

作者简介:冯玉东,男,周口师范学院讲师,法学博士(周口 466001)。

## 二、张之洞对清末修律的奠基作用

张之洞既是清末变法修律的推动者,又是《江楚会奏变法三折》的主撰人。光绪二十七年二月十七日,刘坤一回复张之洞并同时电告袁世凯等人,“此次变法为中国治乱兴衰一大转机,关系极巨,香帅博通今古,贯澈始终,经济文章海内推为巨擘,非由香帅主稿,断难折衷至当,万望勿再客气,主持办理”<sup>⑦</sup>。光绪二十七年三月初三,清政府下旨设立“督办政务处”,具体筹划“新政”事宜,并委派庆亲王奕劻、大学士李鸿章、荣禄、崑冈、王文韶、户部尚书鹿传霖为督办政务大臣,同时委派刘坤一、张之洞等二人作为参预政务大臣。

此后,张之洞“荟萃众说,断以己意,日撰一、二条,月余始就”<sup>⑧</sup>,变法奏稿撰写完成后,张之洞致电刘坤一:“变法折稿已拟就,共二十七条,文太长,分为三折:第一折,学堂科举四条;第二折,整顿中法十二条;第三折,采用西法十一条,可分三日递。”<sup>⑨</sup>变法三折的内容有:第一折为《变通政治人才为先遵旨筹议折》,明确提出要“修中华之内政”,需“采列国之专长”。<sup>⑩</sup>《遵旨筹议变法谨拟整顿中法十二条折》是第二折,张之洞等在该折中提出“整顿中法者所以为治之具也,采用西法者所以为富强之谋也”“中法之必应整顿变通者”,拟为“恤刑狱”等十二条。<sup>⑪</sup>《遵旨筹议变法谨拟采用西法十一条折》即第三折,折中提出:采西法以补中法之不足,简要易者有“定矿律、路律、商律、交涉刑律”等十一条。最后强调指出,以上各条,“皆举其切要而又不可不急行者”,“而大指尤在考西人富强之本源,绎西人立法之深意”。<sup>⑫</sup>

张之洞和刘坤一的变法三折上奏后,即得到了清廷的允准。光绪二十七年八月二十日慈禧太后发布懿旨称:“昨据刘坤一、张之洞会奏整顿中法仿行西法各条,事多可行,即当按照所陈,随时设法,择要举办,各省疆吏亦应一律通筹,切实举行。”由张之洞主撰的变法三折成了清末新政的底稿,据《清史稿·张之洞传》记载:“恤刑狱”、“定矿律、路律、商律、交涉刑律”等“皆次第行焉”。<sup>⑬</sup>而这些事关变法修律的“详细”内容在袁世凯、奕劻、李鸿章、刘坤一等其他大臣的传略内均未有出现,由此可见,张之洞对清末变法修律的具体实施具有他人无可替代且至关重要的指导作用。

## 三、甄选变法修律人员

变法修律事项确定后,选拔人才进行修律的具体操作就成为变法修律的关键。在举荐法律起草者方面,张之洞也发挥了不可替代的作用。光绪二十八年二月初二日,朝廷下旨变法修律,同时责成袁世凯、刘坤一、张之洞等“慎选熟悉中西律例者,保送数员来京”<sup>⑭</sup>。袁世凯致电刘坤一、张之洞说:“愚见,宜先由三处会保谙习中西律例者各一员,中律如沈子惇,西律如伍秩庸,令二公会同承办”。张之洞回电袁、刘,表示:“伍系西律专家,沈为秋曹老手,总办极好。”一个月后清廷颁布“著派沈家本,伍廷芳修订律例”的谕旨,<sup>⑮</sup>可以肯定袁、刘、张的联名奏折发挥了决定性的作用。

回复袁电的第二天,张之洞又致电刘、袁商讨关于引进编纂法律的人才问题,他说:“日本法律学最讲究。其法学共分六门,民法一门极为西人称佩服,于东方风土民情,尤为相宜可行,并不专泥欧洲法家言。其法学博士皆曾读《大清律例》。”“今改定律例,必须由外务部告蔡星使,在日本访求精通法律学之博士一两人,来华助我考订编纂,尤为有益。此奏内务望添入。”从这份电报的内容可以看出,张之洞之所以热衷于请日本法学博士来华帮助编纂中国法,一则是日本的法律于东方风土民情为宜,并不专泥于欧洲法家言。二则是日本法学博士们也懂《大清律例》。这些都深深地反映了张之洞仿行西法却不忘国本的民族情怀。除此之外,在这封电报中,他还建议沈、伍两人的职位定性为“总纂”。<sup>⑯</sup>之后张之洞再次致电刘、袁:“若选用日本法学博士,必须两人,一专精民法,一专精刑法,其余四门兼习可也。”<sup>⑰</sup>按照张之洞的意见,袁世凯把选聘日本法学博士一事写入《会保沈家本伍廷芳编纂律例折》<sup>⑱</sup>,后来主要有冈田朝太郎等日本法学博士帮助清廷草拟法律的事实,证明了张之洞在推荐修律者中的重要作用。

对于甄选修律人员,张之洞的作用不仅表现在举荐和选聘有关人员上,还表现在他否决有关人员进入修律的队伍中。光绪二十八年二月十六日袁世凯致电刘坤一、张之洞,电文称:“有粤人何启,曾考中英国律科进士,现充香港议政局议员,与伍秩庸至戚,才学在伍以上。曾拟约来北洋。两帅曾知之否?此次内意重在举通西律者,如能多举一二人,方可称

旨。”<sup>①9</sup>针对此人,张之洞极力阻止。他在给袁、刘的回电中直陈:“粤人何启,人素谬劣,西学亦不深。”随后他列出何启的四大罪状,最后张氏直接否决道:“此人此书,可谓丧心病狂无忌惮,两公想未之见耶?万不可举。”<sup>②0</sup>接电后袁世凯也只好回电称:“何启谬妄若此,诚不可举也。”<sup>②1</sup>

总之,无论是对修律总办的推荐,还是日本法学博士的引入,甚至对法律起草者人选的否决,张之洞在甄选变法修律人员方面都起到了重要作用。

#### 四、匡正修律偏失

其一,对民事诉讼法草案的匡正和否决。光绪三十二年沈家本等上《进呈诉讼法拟请先行试办折》,陈述编写《刑事民事诉讼法》的重要性以及民事审判和刑事审判分开的重要性等。<sup>②2</sup>此奏折呈报后,朝廷当日发下上谕:“著该将军、督抚、都统等,体察情形,悉心研究,其中有无扞格之处,即行缕晰条分,据实具奏。”<sup>②3</sup>上谕下发后,张之洞于次年七月上奏《遵旨核议新编刑事民事诉讼法折》,先是指出其缺陷如大率采用西法,于中法本原似有乖违,难挽法权而转滋狱讼,非特大碍民情风俗,且于法律原理枘凿不合等,然后对草案中他认为“扞格难行”的六十个条文,加按语进行逐条批驳。今天笔者详细阅读张之洞的奏折,其所批之处多为至当,且符合法理,其对法律和社会的理解远比沈家本等法律起草者更为深刻。比如,法律草案第一条规定:“凡公堂审讯案件,分为二项,一刑事案件,二民事案件。”张之洞批驳道:“中国法律向以刑律、户律为大纲,而外国律则必先有刑法、民法,然后刑事、民事诉讼法有所附丽。现欲分析刑事、民事,则必将现行律例厘然分开,详加订定,裁判官方有准绳可循。”“由斯以言,则今日不分刑法、民法,而分刑事、民事诉讼法,譬如无圭之景、无本之泉,司法者必穷应付矣。”<sup>②4</sup>民法、刑法是实体法,民诉、刑诉是程序法,诉讼法是保障实体法实施的法律,在无民法、刑法等新型实体法的情况下,先行制定诉讼法,无异于无源之水,由此可见,张之洞的批评意见是正确的。

再如,法律草案第三条规定:“凡因钱债、房屋、地亩、契约及索取赔偿等事涉讼为民事案件。”张之洞按语批驳说:“民事所包甚广,外国婚姻、亲族之事,皆定于民法。其民事诉讼法不详婚姻、亲族者,以别有人事、诉讼手续法等,为之辅也。中国虽无民

法专书,然婚姻、立继、服制等事,则律例甚详。本法只及钱债、房屋、地亩、契约各项,不及婚姻、亲族等事,殆亦以外国婚礼,其势万不能行于中国。而西人身后财产,不专给继嗣之人,与中国风俗判然不同,故未议及,不知中国民间词讼,半由家庭骨肉而起,中西风俗之不同,正在于此,此而不详,岂非缺漏。”<sup>②5</sup>由此按语看来,沈家本等法律起草者不把婚姻、继承之类的事情列为民事事项,确实不妥。

再比如,法律草案第一百八十五条规定:“凡两造争讼,如有可以和平解释之处,承审官宜尽力劝谕,务使和解。”第一百九十一条规定:“刑事案件应处轻罪刑者,原告愿和解时,亦可照本节办理。”针对这两条,张之洞也批驳道:“刑事、民事判然不同,民事为私人交涉,刑事为一国纪纲。民事尚可劝和,刑事必须执法,此法学家之公言也。刑事轻罪已非寻常藐法可比,即如私和人命、殴人至废疾,均属有干宪典,私自和解,尚应查究,岂能以原告愿和之故,而置国法于不问乎?”<sup>②6</sup>张之洞的按语,既符合西方法理,也符合《大清律例》,按西方法理而言,追究刑事责任是国家对犯罪人的追究,是国家对犯罪者的惩罚,私人不能和解。按《大清律例》也严防私自和解,如私和人命之类就是犯罪,无论于东方还是与西方来说,刑事犯罪允许和解都与法理不合,沈家本等起草这样的法律草案明显犯了不该犯的错误。

张之洞奏章中这类批评精当的“按语”还有很多,笔者于此不再详论。张之洞的奏折彻底否决了《刑事民事诉讼法》,据《清史稿》记载,由于地方督抚多认为其“扞格难行”,“遂寝”。<sup>②7</sup>所谓地方督抚多认为窒碍,主要是张之洞的奏章起了关键作用,李贵连教授认为:“张之洞于光绪三十三年七月上《复议新编刑事民事诉讼法折》,大张挞伐,全盘否定这个法典。清廷徇张之洞等之议,《刑事民事诉讼法》未予公布即宣告作废。”<sup>②8</sup>由此可以看出张之洞在清末变法修律中的决定性作用,同时我们也可以看出沈家本等人的真正角色是法律起草者。

其二,对大清刑律草案的否决。光绪三十四年张之洞上《拟请飭下修律大臣将中国旧律与新律草案详慎互校、斟酌修改删并以维伦纪而保治安折》,对《大清刑律草案》进行了签注,<sup>②9</sup>张之洞批评说:“查此次所改新律与我国礼教实有相妨之处。因成书过速,大都据日本起草员所拟原文,故于中国情形不能适合。”他还详细列举了《大清刑律草案》于礼

教不合的几个方面,如:“新律草案于颠覆政府、僭窃土地者,虽为首魁,或不处以死刑”,“此皆罪重法轻”。此外他还对有关更定刑名、酌减死刑、死刑唯一、删除比附、惩治教育等内容进行了详细的批驳。<sup>⑩</sup>在附件签注清单中,张之洞又对《大清刑律草案》中的十九个具体法条等内容提出了批评意见,有的提议删除,有的提议修改。<sup>⑪</sup>

张之洞的批驳和修改意见即便是按今天法学原理来看也是非常正确的。比如关于惩治教育的问题,张之洞说:“惟原定凡犯罪在十六岁以下不论大小轻重皆无刑事上之一切责任,以惩治教育处之限年太宽,恐滋流弊。此惩治教育之尚需酌定年限也。”张之洞的建议,得到了朝廷的认可,完全无刑事责任年龄,在《钦定大清刑律》颁布时被确定为十二周岁,<sup>⑫</sup>这比沈家本等最初起草的十六周岁降了四岁。即便是我们今天的刑法规定完全无刑事责任年龄也在十四周岁以下,要比 1907 年《大清刑律草案》规定的小两岁,在世界主要国家中,高者如德国、日本的绝对无刑事责任年龄是十二周岁,低者如英国、俄罗斯绝对无刑事责任年龄仅为七岁,<sup>⑬</sup>《大清律例》规定的绝对无刑事责任年龄也是七岁。

张之洞的奏折引起了清廷的高度重视,1907 年的《大清刑律草案》未获通过。沈家本等法律起草者不得不再行修改,宣统二年清廷正式颁布《钦定大清刑律》,内容也有所改动,<sup>⑭</sup>这些内容多是张之洞签注奏折中的主张。

## 五、结语

张之洞极力推动清末变法修律,他建议朝廷引进日本法学博士帮助中国修法,希望日本法学博士在帮助清朝修法时既能够取西法之长,又能够更多的保留传统之长,更多的符合中华民族的礼教、风

俗,毕竟在西方列强中,日本与我们距离最近,人文风俗也最相近。令人遗憾的是,事与愿违,清廷颁布的沈家本主持起草的《钦定大清刑律》,虽然引进了一些先进的近代刑法原则和制度,虽然也多少保留了一些张之洞的主张,但毕竟与张之洞所想“以维伦纪而保治安”的刑法相去太远,以至于造成“自掘藩篱,自溃堤防”的可悲结局,经过后来的司法实践,这种结局让曾参与清末法律起草的董康忏悔不已。<sup>⑮</sup>德国刑法学博士赫善心也感叹到:“惟余见今日中国自置其本国古先哲王之良法美意于弗顾,而专求之于外国,窃为惜之。”<sup>⑯</sup>

## 注释

- ①论述清末变法修律“礼法之争”的著作很多,如王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社,2005 年;郑秦:《清代法律制度研究》,中国政法大学出版社,2000 年;李贵连:《近代中国法制与法学》,北京大学出版社,2002 年;张晋藩主编:《清朝法制史》,中华书局,1998 年;史广全:《礼法融合与中国传统法律文化的历史演进》,法律出版社,2006 年等。②崔志海:《建国以来的国内清末新政史研究》,《清史研究》2014 年第 3 期。③谢放:《张之洞传》,广东高等教育出版社,2004 年,第 365 页。④⑤⑥⑦⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭⑮苑书义等主编:《张之洞全集》,河北人民出版社,1998 年,第 8491、8533—8534、1393—1406、8541、8605、1393—1406、1407—1428、1429—1450、8752、8752、8754 页。⑯许同莘编:《张文襄公年谱》,商务印书馆,1946 年,第 147 页。⑰⑱赵尔巽等撰:《清史稿·张之洞传》,吉林人民出版社,1995 年,第 9492、4189 页。⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕高汉成主编:《〈大清刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社,2013 年,第 3、185、187—190、220—223、697、34、697、775 页。⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿骆宝善、刘路生主编:《袁世凯全集》第十卷,河南大学出版社,2012 年,第 130—131、180—182、164、166 页。㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿怀效锋主编:《清末法制变革史料》上卷,中国政法大学出版社,2009 年,第 385、375、400—412、400—405、406—412 页。㊿李贵连:《清末修订法律中的礼法之争》,《法学研究资料》1982 年第 21 期。㊿何勤华、魏琼编:《董康文集》,中国政法大学出版社,2004 年,第 345—360 页。

责任编辑:何 参

## Zhang Zhidong and The Law Revision in Late Qing Dynasty

Feng Yudong

**Abstract:** Regarding the controversy between etiquette and law in the revision of law in the late Qing Dynasty, etiquette not only received insufficient attention, but appeared in the role of foil, conservative, and even villain in previous studies, which were mostly biased. As the most important representative of etiquette, Zhang Zhidong was not only the leader and blueprint designer of the revision, but also the main decision-maker responsible for talent selection and the helmsman who rectified the mistakes in the whole revising. Zhang's status and role in the revision of law in the late Qing Dynasty needed to be properly evaluated.

**Key words:** Zhang Zhidong; law revision; the dispute of etiquette and law