

# 试析清末修律中礼法之争的力量对比

高 汉 成

**内容提要:**对于清末修律时爆发的礼法之争,以前的论者多以为体现了礼教派的强大和法理派的软弱。作者从奕劻和他主持的宪政编查馆入手,对礼法之争从动态和静态两方面进行了分析,指出历史的事实并非如此。法理派并不是势单力孤,清政府也不是礼教派的坚强后盾,礼教派无论在形式上还是在内容上并未取胜,法理派也根本谈不上言败。鉴于中国法律现代化的第一步是在礼法之争中迈出的,因此对双方力量对比的分析将有助于我们对法律现代化进程作出新的认识与评价。

**关键词:**礼法之争;礼教派;法理派;大清新刑律

**中图分类号:**D909.2 **文献标识码:**A **文章编号:**1005-7110(2003)03-0093-07

所谓“礼法之争”,是指在清末修律过程中保守的“礼教派”和革新的“法理派”围绕修律的基本精神和具体制度进行的争论。维护传统礼教精神,主张法律应与礼教结合的称为礼教派,以张之洞、劳乃宣为代表;主张近代法制精神,法律应与传统的礼教相分离的称为法理派,以沈家本为代表。<sup>[1](P348-349)</sup>因他们争论的问题主要是礼法关系,所以中国法律史学者称这场争论为礼法之争。鉴于中国法律的现代化仍然在进行之中,而中国传统法律又有着悠久的伦理法的内在精神,因此客观地认识和评价在中国法律现代化之始的这场争论,其意义也许就不止于法律史研究本身。

## 一、问题的提出

对于百年以前的这场围绕着大清新刑律而爆发的礼法之争,在当时就有各种不同的看法,但自上世纪二三十年代中国法律史学科初创以后,认为是顽固、保守而强大的礼教派与开放、进步而弱小的法理派之间的争论就成了一种压倒性的看法。比如对于

法理派与礼教派的力量对比及斗争结果,有这样一段较为集中的描述,“这场修订法律的斗争,礼教派能够取得胜利,也是必然的事,因为当时的礼教派,包括了从最高统治者——皇帝、太后,到军机大臣、法部和礼部尚书、学部大臣、宪政编查馆大臣、资政院总裁、内阁学士、大学堂总监督、总督巡抚、将军都统;从亲王、郡王、公爵、侯爵、贝勒、到地方举人、绅士等,此辈操纵了国家的军政财文大权,有经济上最有力量的地主、买办阶级的支持。而法治派主要是修订法律馆成员,法律馆是一个无实权的法律起草机构,既无审查议决的权,又无颁布的权。力量对比极为悬殊,所以法治派的失败也是不可避免的。”<sup>[2](P228-236)</sup>

应该指出,类似的说法在当今法史类教材和专著中仍然司空见惯。这就有点让人丈二和尚摸不着头脑了。既然法理派如此势单力薄,既然清政府如此顽固守旧,那怎么清末一部又一部“具有资本主义性质的法典法规”纷纷出台。穷以修订法律大臣、

如2002年出版的叶孝信主编的《中国法制史》第349页就提到:“清末修律中的礼法之争表现了保守势力的强大,清政府的顽固,而法理派的妥协说明革新力量还比较弱小。”2001年出版的《中国法律思想通史》(四)第139页讲:“在礼法之争中,法理派从西方资产阶级革命时代的武器库中学来了进化论、天赋人权等思想武器……也如同法理教本身一样软弱无力,失败的结局是无法避免的。”

刑部和法部侍郎、资政院副总裁、大理院正卿的身份,沈家本在清末并不算地位特别高的官员(正二品衔,大概相当于现在的全国人大法工委主任)。他怎么就能够在封建王朝的专制舞台上演了一出撼动并“第一次打破了延续两千年的封建专制主义的法律体系”,使“中国传统的封建法系解体”,“与大陆法系接轨,建立起‘六法’的体系”的好戏?<sup>[3](P439,464)</sup>沈家本并不是孙悟空,他有何德何能可以“大闹天宫”而又“全身而退”?即在不知民主了多少的今天,都是无法想象的事,况在百年以前?由此看来,把清末修律的功劳都归到沈家本名下,既是他承受不了的,也是不符合史实的。因此,我的观点是:法理派并不是势单力孤,清政府并不是礼教派的坚强后盾,礼教派并未最后胜利,法治派也根本未败。

## 二、动态分析:礼法之争的过程

光绪三十三年八月二十六日,修订法律大臣沈家本奏呈《大清刑律》草案。这是沈家本(在日本人冈田朝太郎的帮助下)运用西方资产阶级的法律精神和原则,为未来立宪后的清政府所编纂的一部具有资产阶级性质的法典。由于这部草案与当时现行的《大清律例》相比,有太多的“制度创新”(此处中性的使用,不含褒贬),最明显的就是它摒弃了中国传统法律“礼法合一”的内在精神,严格区分了法律和道德的界限,造成了中国法律发展史上的一次“断裂”。对于这样一部“推倒重来”的刑律草案,沈家本也自知会难逃“非议”和“批判”,所以在上陈“修订大旨”的时候,认为旧律之应改者有更定刑名、酌减死罪、死刑唯一、删除比附、惩治教育五大端,只字未提对“礼法合一”精神的修改。尽管这样,1907年—1911年,围绕着《大清刑律》的制定,礼教派和法理派还是爆发了一场空前激烈的论争。

张之洞以军机大臣兼管学部的身份首先发难,对刑律草案有违伦理纲常进行了全面和严厉的批判。随后京内各部院堂官、京外各督抚也纷纷上奏签注意见,大都对草案修改伦理纲常的条款表示反

对并对其它“制度创新”在中国民情风俗下能否落实表示怀疑。清廷于是将学部及部院督抚大臣的签驳意见,发交修订法律馆和法部会同修改,并于宣统元年正月二十七日明谕,“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,中国素重纲常,故于干犯名义之条,立法特为严重……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,该大臣务本此意,以为修改宗旨,是为至要。”<sup>[4](P849,891)</sup>礼教派反对草案虽如此激烈,朝廷维护纲常名教的谕旨虽如此明确,沈家本也不过是“于有关伦纪各条,恪遵谕旨,加重一等。”<sup>[5](P123-148)</sup>并未按照旧律修入正文,然后送交法部。法部尚书廷杰认为:“中国名教,必宜永远奉行勿替者,亦不宜因此致令纲纪荡然”。但他“迫于枢臣压力(指奕劻——作者注)并因修律大臣回护牵制,未能逐条修改”,<sup>[6](P9859-9942)</sup>无力打破整个草案体系,只好在正文后面加上《附则五条》,即关于伦纪礼教的十恶、亲属容隐、干名犯义、存留养亲,以及亲属相奸、相盗、相殴、并发冢、犯奸各条,如中国人有犯以上各罪,应仍照旧律《大清律例》办理。这表明了法律馆和法部在修改草案上观点无法调和又互不服气,只好在会奏时“各自表述”,候朝廷定夺,这次修改案称为《修正刑律草案》。

《修正刑律草案》上奏后,朝廷发交宪政编查馆核订。在此期间。编查馆参议劳乃宣领头出来与法理派展开大论战,但最后的结果,奕劻不仅未采用劳乃宣要求把旧律有关伦纪各条直接修入刑律正文的意见,相反还另行拟定《暂行章程》五条,其对法部《附刑五条》的修改,一是大大压缩了其范围,“草案附则各条,其第一条因刑之范围较宽,拟另辑判例以资援引”其第二条列举各项仍用旧律,几致全体效力尽失,殊乖朝廷修订本意。”二是改附则“并行”为“暂行”,“酌拟暂行章程五条,藉以沟通新旧而利推行,将来体察全国教育、警察、监狱周备之时,再行

何谓“推倒重来”,我的理解,譬如一处房屋,如果不毁坏地基和承重墙,即便更换再多的砖瓦、屋梁和外观,我也认为充其量是“大修大补”。但如果毁倒了地基和承重墙,即使从瓦砾堆中拣出再多的砖瓦、屋梁备用,我也以为是“推倒重建。”

酌量变通”。言外之意,这五条可以随时修改、摒弃,其地位自不能与正律相提并论。宣统二年(1910年)十月初三日,宪政编查馆将核定的刑律草案交资政院议决。为了保证草案的通过,会前沈家本被任命为资政院副总裁主持会议,宪政编查馆杨度代表政府到场作《大清刑律》草案的立法说明。

应该指出,沈家本虽然在实际上用西方近代法理精神消解了中国传统伦理法的内在精神,但至少表面上还讲修律要:“折衷各国大同之良规,兼采近世最新之学说,而仍不戾于我国历世相沿之礼教民情”。而杨度在资政院的发言则走得更远,他干脆宣称旧律与新律在“精神上主义上”有着根本性的区别,旧律本家族主义,新律则本国家主义。所谓国家主义,“就是资产阶级‘天赋人权’、‘自由’、‘平等’的立法原则,是资产阶级的所谓个人自由平等在法律关系上的表现”<sup>[5]</sup>。对于礼教派批评草案废弃伦理纲常,杨度更是针锋相对,认为干得对、干得好。

杨度代表政府所作的关于新刑律的立法宗旨及对旧律家族主义的尖锐批评,犹如在资政院引爆了一颗炸弹。从而首次就国家法律的立法指导精神展开了更激烈的争论。在前一阶段论争中本已收回大部分修正意见的劳乃宣(唯无夫奸与子孙违犯教令两项例外),又邀请议员105人,向资政院提交《新刑律修正案》,提议增纂、修改、移改、修复有关礼教条款十三条又二项。结果议案到了汪荣宝主持的资政院法典股那里,不但劳氏的修正案未被采纳,连宪政编查馆核定的《暂行章程》也被删除(但资政院会

后上奏时,奕劻还是恢复了《暂行章程》,这从反面印证了奕劻在清末修律中的影响)。资政院仅就移改对尊亲属有犯不得适用正当防卫例和和奸无夫妇女两条进行了投票表决,结果前条被否决,法理派胜利;后条被通过,礼教派胜利。但“政府员复有声明,议场开散,秩序大乱!”后条最终也未移改进正文。由于资政院会期已满,新刑律草案仅议决了总则部分,分则部分则待来年开会再议。

资政院闭会以后,宣统二年十二月二十五日,宪政编查馆大臣奕劻和资政院总裁溥伦会奏议决新刑律总则,请旨定夺。同时奕劻为防止来年再议又起纷扰,于是单独上奏刑律分则并《暂行章程》,认为资政院虽未议决,但按筹备立宪清单今年应遵限颁布,请求不再等待资政院来年会议议决,先将分则颁布。同日朝廷下旨,同意了奕劻的所有要求,包括“新刑律总则第十一条之十五岁著改为十二岁,第五十条或满八十岁之人,著加入或未满十六岁人字样”(这都是法律馆和资政院所不同意修改的),并“著将新刑律总则、分则暨暂行章程,先为颁布,以备实行。”<sup>[4]</sup>(P849-891)《大清刑律》的颁布,标志着中国法律近代化的第一个重大成果的诞生。

### 三、静态分析:阵营力量对比

长期以来,一般意见认为法理派势单力薄,礼教派人多势众,这种看法是值得商榷的。按照清末修律办法,法律馆负责起草法典,奏交宪政编查馆审查,由宪政编查馆咨咨部院堂官、各省督抚限期签注

他说:“今馆中宜先讨论宗旨,若认为家族主义不可废,国家主义不可行,则宁废新律,而用旧律。且不惟新律当废,宪政中所应废者甚多。若以为应采国家主义,则家族主义,决无并行之道。而今之新刑律,实以国家主义为其精神,即宪政之精神也。必宜从原稿所订,而不得以反对宪政之精神加入之。故今所先决者,用国家主义乎,用家族主义乎,一言可以定之,无须多辩也。”(《杨度集》第533页)杨度的讲话,很容易让人联想到刘廷琛的话,“臣今请定国是者,不论新律可行不可行,先论礼教可废不可废,礼教可废则新律可行,礼教不可废则新律必不可尽行,兴废之理一言可决”(《宪档》刘奏第888页)。双方如此势不两立,可谓犯了同样的错误。这哪里是在替四万万中国人民修律,简直就像书生坐而论道。激进与保守,偏于两极,百年中国近代史,多坏于此。

李贵连先生在《沈家本传》(第333页)认为:“杨度资政院议场演说,为耸人观听,不免语庇笔墨,说话过头,致为御史所参劾。此为枝叶而非本意。我不这样认为,如果仔细阅读杨度在演说后所作之文《论国家主义与家族主义之区别》和奕劻《核定新刑律告竣请旨议摺》,就会发现,这不仅是杨度的“本意”,而且还是奕劻的“本意”。很难想象,在如此严肃的立法场合,杨度若没有政府的授权和授意,一个小小的侯补四品京堂敢如此“大放厥词”。事实上从他被御史所参而安然无恙并升官来看(议场演说后半年升为奕劻内阁统计局局长,再半年迁为袁氏内阁学部副大臣,与原修订法律大臣伍廷芳一样也算是“坐直升飞机上了”,这充分体现清末十年政府网罗新人之至意)。他的确代表的是政府而非本人。

意见,最后由宪政编查馆汇总定稿交资政院议决,议决后移交宪政编查馆“覆加一定”,请旨颁布。我们看到,除了朝廷的最高立法权外,真正对法律的制定和颁布起到影响作用的是修订法律馆、宪政编查馆和资政院。沈家本主持的法律馆成为法理派的基地(重要成员有提调董康、刑律草案起草人冈田朝太郎),奕劻作为宪政编查馆大臣,更苦心支持法律馆的工作。在宪政编查馆里,“大部分人员均站在法理派一边”,<sup>[71](P299-333)</sup>特派员杨度、编制局局长吴廷燮均是法理派重要成员。而在资政院里,有主持会议的副总裁沈家本,负责审查草案的法典股股长汪荣宝。所以法理派人数虽然不占多数,但都处在修订法律的要害部门,手握实权。相反,礼教派虽然“气势汹汹”,但真正起作用的并不多,张之洞固然是中坚,但在礼法之争的关键时候作古(死于1909年10月),使礼教派失去权力和理论支柱。劳乃宣虽属“韧叟”,但也不过是以江宁提学使身份充宪政编查馆参议、资政院议员,其他如邮传部右丞李稷勋、内阁学士陈宝琛、御史胡恩敬、京师大学堂总监督刘廷琛也都没有什么实权。真正说话有分量的是曾奉旨会同沈家本修正草案的法部尚书廷杰以及各部院堂官和各省督抚,如上奏签注意见反对新刑律草案的两广总督张人骏、直隶总督杨士骧、湖广总督陈夔龙、安徽巡抚冯煦、浙江巡抚增韫、江苏巡抚陈启泰、江西巡抚冯汝骥、山西巡抚宝棻、河南巡抚吴重熹、陕西巡抚恩寿等(按胡恩敬的说法,反对者还有邮传部、四川、云南、贵州、湖南、两江等省)。但在“连袁世凯都须引为靠山”的奕劻面前,也都没辙。因此礼教派人多但不势众,对新刑律通过的影响是有限的。历史的事实已证明了这一点。

当然,掌握最高立法权的是作为清朝最高统治者的太后和皇帝。对于他们在清末修律中的态度。苏亦工先生在《明清律典与条例》中有大段分析,其结论:“在清廷和沈氏之间不存在什么两种对立的指导思想。根本的修律宗旨——参酌西法变革旧律,早在沈氏主持修律之前即已确定。沈氏只有遵从的义务而没有讨价还价的余地”,“新刑律的通过最终还靠着日本的榜样力量和清廷的认可,而不单是沈

氏的‘据理力争’”,<sup>[81](P368)</sup>我认为也是极正确的,此处不想多嘴。所以就清末修律而论,把清朝最高统治者划到“顽固的礼教派”行列里(礼教派是否真的顽固尚是个问题),实在是“冤枉”了他们。至于宣统元年正月二十七日的那道谕旨,则明显是“遮人耳目。”因为最高统治者毕竟代表的是国家和朝廷,基于身份和权力平衡的考虑,在“草案一出,举国哗然”的情况下,不能公开地“冒天下之大不韪”,所以下道谕旨表明维护纲常礼教的态度是非常正常的。即使这样,对于已经抛弃了“三纲五常”的刑律草案该怎么具体处理,该道谕旨也只字未提。而且从谕旨同时同意编订现行刑律,“以示朝廷变通法律循序渐进之至意”<sup>[41]</sup>这句话来看,朝廷也是同意新刑律的基本架构的。只是在反对声汹汹之下作一个缓冲、变通而已,并非真的要在刑律中维护礼教纲常(中国政治中“雷声大、雨点小”的事是常有的,我们且莫当真)。刘锦藻所谓:“朝廷迫于公论,虑其(指新刑律——作者注)窒碍难行,复飭法律大臣另修见行律以备新旧过渡之用”。<sup>[61](P9859-9942)</sup>“迫于公论”是一语道破天机的,对此法理派也是“心领神会”的。否则,就无法解释:(1)沈家本依然“我行我素”并“舌战群雄”,且于1910年1月28日由法部右侍郎升迁为法部左侍郎(清廷尚左),1910年9月1日充资政院副总裁。(2)杨度在资政院“大放厥词”后升迁极快,一年内就从一个侯补四品京堂升至学部副大臣。(3)明谕下后,东三省总督徐世昌,署吉林巡抚陈昭常,署黑龙江巡抚周树模、山东巡抚袁树勋上奏签注意见,仍然明确表态赞成新刑律草案,所谓“臣以签注为补助而深愿赞成者也”。(4)尽管反对声一浪高过一浪,但沈家本的草案还是在经过了“小修”后予以通过,并且在资政院尚未议完的情况下即匆匆颁布。所以后来刘锦藻评论说:“当此新旧交讷之际,各持己见,虽圣明在上,亦觉无所适从,卒从政府及修律大臣编纂定议。”<sup>[61](P9859-9942)</sup>这固然是把板子打到了奕劻和沈家本的身上(恰好从反面证明了他两人对清末修律的贡献),但又何尝不是为最高统治者“开脱”,这是有“难言之隐”的。因为最高统治者是不能被批评的,奕劻也属“老虎的屁股摸不得”的,所

以在新刑律通过后,礼教派就拿沈家本他们“出气”了。但即使这样,从御史胡思敬和京师大学堂总监督刘廷琛“弹劾”沈家本等的奏折里(除沈家本外,吴廷燮、杨度、汪荣宝、董康也被点名奏劾),还是不难读出对清廷的“哀怨”。胡思敬说:“论今日立宪宗旨,当以集众思、采群议为主,新律之不可行,督抚言之,各部院大臣驳之,言路参之,即同馆之人如劳乃宣等亦起而攻之,而皆无丝毫之效,一任二三奸党抵死护持,将内外各衙门签注各条尽行驳斥。此不但我朝三百年来未有之变局,亦中外古今所罕见也。”“天生无数幸灾乐祸之人,主持此一种荒唐鬼怪之说。上帝不仁,一至于此,此速亡之道也”。刘廷琛则讲:“今父纲、夫纲全行废弃,则人不知伦理为何物,君纲岂能独立,朝廷岂能独尊”,“皇上孝治天下,而新律导人不孝;皇上旌表节烈,而新律导人败节。该法律大臣受恩深重,曾习诗书,亦何至泮道离经若此,“断未有朝廷明崇礼教,该馆阴破纲常,擅违谕旨,自行其是,天命未改,岂容抗命之臣。”是皇上无废礼教之意,该大臣陷皇上以废礼教之名,后世史册书之曰:中国废礼教,自我皇上始,臣窃痛之”。这两人的奏劾,“危言悚论,不啻垂涕泣而道之”<sup>[61]</sup>(P9859 - 9942),这明摆着是向朝廷施压,不惩治沈家本等法理派决不罢休。在这样背景下,沈家本才不得不辞去修订法律大臣和资政院副总裁之职,结束了修律的使命。

关于沈家本辞职这件事,后人有多种不同的说法。江庸《五十年来中国之法制》认为“然新旧势力究不能敌,编查馆卒徇廷杰之议,附加暂行章程五条,沈氏亦终不安于位,宣统二年(当是宣统三年——作者注)修律大臣以刘若曾代之”<sup>[9]</sup>(P325 - 332)杨鸿烈以此为据认为礼法之争,“胜利仍属旧的礼教一派”。华友根、倪正茂先生在《中国近代法律思想史》中认为:“他坚持改革法制的主张不能为当权的礼教派所容忍,所以于宣统三年,先后免去修订法律大臣、资政院副总裁等本兼各职”(见该书上册第229页,说沈家本本兼各职被免有误——作者注)。苏亦工先生在《明清律典与条例》(第364页)中则认为:“至于沈氏的去职,不过是清廷玩弄丢卒保车的小把

戏而已,最终并未妨碍新刑律的通过。沈氏充其量只是作了清廷的替罪羊。”前两种说法显然不正确,而苏先生的说法,若从最坏处考虑未尝不可。但若从好处着想,又何尝不体现了清廷对沈家本的爱护?第一,毕竟沈家本已是七十多岁的老人了,让他离开是非的漩涡,享享清福,有何不好?第二,毕竟《大清刑律》已颁布了,其他基本法典草案也已告成。沈氏的去职,不会对修律大业产生多大影响。第三,毕竟朝廷毫无责备沈家本的意思,是沈氏主动辞职,不是被撤,而且辞的是兼职,法部左侍郎的本任仍是稳坐的。(按照清朝五十五开始、七十必须致仕的制度,本兼各职免掉都是正常的,而令其回本任说明朝廷的“恩眷”之深)。因此,沈家本是相对体面地淡出修律事业的,绝非是清廷“卸磨杀驴”。也正因为如此,宣统三年二月二十二日清廷下谕命沈家本回法部左侍郎本任,而刘廷琛于第二天仍然上奏弹劾(即上折),非要治沈家本之罪不可,但最终也没有如愿。刘廷琛的折子仍交法律馆再加修正。“该馆臣仍悍然不顾,原案并未改动一字。”而胡御史的折子干脆“留中未发”。刘锦藻称赞胡、刘二摺:“沥胆披肝,言人所不敢言,所不能言”,从这句话里,我体会到的不是礼教派的“当权”,不是礼教派“最后胜利”的喜悦,相反倒是有点“噤若寒蝉”了<sup>[9]</sup>(P300)。毕竟与郭嵩焘时代不同了,晚清十年是“变法新政”、“预备立宪”的时代,慈禧都接过了康梁的大旗,“标新立异”在一定程度上成了时髦,像奕劻、袁世凯、徐世昌这样的“权力核心圈”中之人物都明确造成新刑律草案,沈家本、杨度他们还有什么不敢说,不敢做的呢?更何况,即使是礼教派,也清醒的认识到,在那样一个内忧外患的时代,传统法律已不足以“周事情”,“当今之时,犹拘拘于成法以治之,鲜有不败矣”。传统法律是要修改的,问题在于,用西法修订中律到底以谁为主?是“修修补补”还是“推倒重来”,这是双方争执的焦点,礼教派所允许的底线是对旧律“大修大补”,而法理派主张要“推倒重来”。因此我们说,在礼法之争中不存在像倭仁“立国之道,尚礼义不尚权谋;根本之图,在人心不在技艺”那样的真正顽固派。杨鸿烈就说张之洞尚属“开明一点的人”,其与刘坤

一的《江楚会奏变法三折》曾“上达天听,震动朝野”,实际开启了清末变法修律的进程。而另一个代表人物劳乃宣,李贵连先生也认为“劳氏不是鲁迅先生笔下愚昧无知的阿Q,而是关心大清皇朝命运的硕学通儒。他固守旧学,但并不因此而拒绝对新学的了解与研究。他同法理派辩论,经常援引外国法律抨击法理派,即可见其一斑”。<sup>[5](P123-148)</sup>至于礼法之争中所讨论的问题,按我的理解,是在中国法律中如何整合中西文化的问题,而这是一个大问题,是一个迄今还没讨论明白的大问题。由此,简单地肯定或否定礼法斗争中的哪一方都是不合适的。

因此,对清末修律作出积极贡献的,除了以前我们所理解的以沈家本为首的礼法派诸人物以外,起到关键性影响的是宪政编查馆大臣奕劻。其作用不仅在于在修订法律馆生死存亡的关键时刻,给予沈家本以明确支持;更是在于礼法之争最激烈的时候,在最高统治者不便公开表态的情况下,他以军机处王公大臣充宪政编查馆大臣的身份,堵住了来自各部院堂官、各省督抚对新刑律草案的否定性意见,将礼法之争严格控制在观念之争的范围内,这就为法理派提供了一个与礼教派平等辩论的平台和机会。他对沈家本主持起草的《大清刑律》草案的公开支持和赞成,是《大清刑律》最终通过的关键性因素。对此,必须给予实事求是的肯定。而对奕劻作用的肯定及对最高统治者真实态度的分析,将会大大改变对双方力量对比的认识。

#### 四、结论

清末民初的中国历史是风云突变的时代,因而礼法之争中新旧因素是客观存在的,“礼教派是以张之洞、劳乃宣等传统功名出身的守旧派人士为代表,以维护传统伦常礼教为职志;变法派则是以主张变革的沈家本为首,此辈多以年轻而习法政的东洋留学生为主干,以沟通新旧、折衷各国良法为己任”。<sup>[10](P36)</sup>这勿须讳言。但礼法之争决不可以仅仅视为新与旧、进步与保守的争论,从当时双方的名称来看,礼教派又称为礼派、礼治派、国情派、家族主义派、守旧派,法理派或称法派、法治派、反国情主义派、国家主义派、改革派,这说明其中情况极为复杂。

据当时报载,对于“劳乃宣反对新刑律,所有西洋留学生多附和,东洋留学生多力争”。时东西洋留学生在思想与政治改革方面,意见颇为分歧,有“东学党”与“西学党”之分,“西学党以东学党浅薄若野狐禅,东学党以西学党太夸张,实不过普通康白度翻译之流”。而当时的社会舆论,激进者多支持新刑律,猛烈向反对者抨击;而一般的社会舆论,则以维护纲常礼教为言,温和地为反对新刑律作声援。当时在华的外国专家,日本人冈田朝太郎是大清新刑律的起草人,自然为之辩护;而当时青岛德华大学的法学教授、德国人赫善心亦曾撰《中国新刑律论》之万字长文,以为礼教派之声援。这种现象,确实值得认真思索。

综合以上情况,我们可以得出两个结论:第一,礼法之争并不单纯是进步与保守的斗争。礼教派固守三纲五常入律虽不合历史潮流,但他们提出的制定法律要与国情、风俗相适应,法律与道德密切联系的观点还是有有一定道理的。法理派接受了西方近代法律价值和精神,主张严格区分法律与道德的界限,当然代表了历史发展的方向。但“最先进的并不必然是最适合的”,这有一个中西融合的问题。从清末修律造成了中国传统法律文化的断裂来看,应该吸取的教训还是存在的。第二,无论是从过程还是结果看,没有证据表明礼教派的强大和法理派的弱小,实际是“礼法双方,自成派系,广拉后援,相互批评”。“当此新旧交讷之际,各持己见,虽圣明在上,亦觉无所适从,卒从政府及修律大臣编纂定议”。法理派并非以前人们想象的那样弱小,最后的胜利属于法理派而非礼教派,否则礼教派就不会“恼羞成怒”而“弹劾”法理派了。

对礼法双方力量对比的分析是有意义的。第一,有助于阐明历史事实的真相。长期以来认为由于法理派力量弱小,才导致他们一次又一次的妥协,最后《暂行章程》五条给新刑律蒙上了更浓厚的封建性色彩。而对礼法双方力量有了中肯分析以后,我们看到大清新刑律基本是按照法理派的精神和架构出台的,法理派的让步是有限的和必要的。《暂行章程》五条并不足以改变新刑律的现代法律性质,其影

响是有限的和暂时的。第二,有助于吸取历史的经验教训。把清末修律的功劳仅仅归于以沈家本为首的包括杨度、吴廷燮这些中下级官员身上,而把最高统治者、宪政编查馆大臣推到反对者行列里,从而得出清末新律中封建性因素过多而失败的结论,这既不符合历史事实,也不利于吸取历史的经验教训。清末新律的局限性,主要不在于它的封建性和落后性,相反恰恰在于其制度的“创新性”和法条的“超前性”,使得与当时社会的风土人情不相吻合而在可行性、现实性方面大打折扣。回顾百年中国法律现代化的历程,立法内容的先进性与法律实现的滞后性形成鲜明的对比。这其中的原因是复杂的,在体谅立法者的良苦用心的同时,要求他们制定出“虽并不最先进,却切实可行的法律”来,当不算苛刻吧?

#### 参考文献:

[1]叶孝信.中国法制史[M].上海:复旦大学出版社,2002.

- [2]潘念之.中国近代法律思想史(上册)[M].上海:上海社会科学出版社,1992.
- [3]张晋藩.中国法律的传统与近代转型[M].法律出版社,1997.
- [4]故宫博物院.清末筹备立宪档案史料(下册)[M].北京:中华书局,1979.
- [5]张国华.中国法律思想通史(四)[M].太原:山西人民出版社,1999.
- [6][清]刘锦藻.清朝续文献通考(刑考)[M].杭州:浙江人民出版社,1986.
- [7]李贵连.沈家本传[M].北京:法律出版社,2000.
- [8]苏亦工.明清律典与条例[M].北京:中国政法大学出版社,2000.
- [9]杨鸿烈.中国法律思想史[M].北京:商务印书馆,1934.
- [10]黄源盛.中国法制现代化之回顾与前瞻[M].台北:国立台湾大学法学院,1993.

(作者:中国政法大学法学院博士生,北京,100088)

责任编辑:侯德彤

## A Comparative Analysis of the Forces in the Controversy between the School of Feudal Ethics and the School of Law in the Late Qing Law Making

GAO Han-cheng

(Law School, China University of Politics and Law, Beijing 100088)

**Abstract:** Concerning the controversy over feudal ethics and law in the making of law in late Qing Dynasty, it was held that the former was powerful while the latter was weak. This paper, however, after analyzing the controversy both dynamically and statically, points out that that was not the case. The School of Law was neither weak nor alone. The School of Feudal Ethics, which the Qing Dynasty did not back up strongly actually, did not win either in form or in content. The School of Law was not a failure either. In view of the fact that the controversy was the first step in the modernization of Chinese law, a comparative analysis contributes to a new understanding and evaluation of the modernization process of Chinese law.

**Key words:** controversy over feudal ethics and law; School of Feudal Ethics; School of Law; New Criminal Law of Great Qing