

# 论清末法律制度的改革

王泽华

南京林业大学马克思主义学院, 江苏 南京

收稿日期: 2023年4月17日; 录用日期: 2023年4月28日; 发布日期: 2023年7月13日

## 摘要

面对封建社会的统治危机, 清末政府被迫进行法律制度的改革。首先进行的是颁行宪法, 这对于清末政府来说是一个全新的法律制度, 它起着统帅诸法的作用; 其次是对原有法律制度进行改革, 修改最大的法律制度便是刑法, 因为刑律是中国古代主要的法律制度; 紧随其后的便是对民商分别进行立法, 颁布了《大清民律草案》《大清商律草案》《破产律草案》《钦定大清商律》《公司注册试办章程》《破产律》等; 清末政府还建立了建立与行政分立的新司法体制, 对司法体系进行了改革, 出台了法院组织法, 为法律制度的执行创造了必要的条件; 与此同时颁布了《法院编制法》; 确立了审判和检查分立的原则。最后清末政府还颁布了《大清刑事诉讼律草案》《大清民事诉讼律草案》等诉讼法律。

## 关键词

清末, 法律制度, 改革

# On the Reform of the Legal System in the Late Qing Dynasty

Zehua Wang

School of Marxism, Nanjing Forestry University, Nanjing Jiangsu

Received: Apr. 17<sup>th</sup>, 2023; accepted: Apr. 28<sup>th</sup>, 2023; published: Jul. 13<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

Faced with the ruling crisis of feudal society, the late Qing government was forced to reform the legal system. The first step was to enact the Constitution, which was a brand new legal system for the late Qing government, playing a role in commanding all laws; secondly, it is necessary to reform the existing legal system, and the most significant modification is the criminal law, as the criminal law was the main legal system in ancient China; Following closely behind was the separate legislation on civil and commercial law, which promulgated the *Draft Civil Law of the Qing*

*Dynasty, Draft Commercial Law of the Qing Dynasty, Draft Bankruptcy Law, Qinding Commercial Law of the Qing Dynasty, Trial Articles of Association for Company Registration, Bankruptcy Law, etc.*; the late Qing government also established a new judicial system that was separated from administration, reformed the judicial system, and introduced the Court Organization Law, creating necessary conditions for the implementation of the legal system; at the same time, the *Law on the Establishment of Courts* was promulgated: establishing the principle of separation of trial and inspection. Finally, the late Qing government also formulated procedural laws such as the *Draft Criminal Procedure Law of the Qing Dynasty* and the *Draft Civil Procedure Law of the Qing Dynasty*.

## Keywords

The Late Qing Dynasty, The Legal System, Reform

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 清末法律制度改革的社会历史背景

鸦片战争以后,各种社会矛盾冲击着濒临崩溃的清王朝,在国内有突出的民族矛盾、集中表现为满族统治者与资产阶级改良派、资产阶级革命派的矛盾以及地主阶级与农民阶级的矛盾;在国外有西方主要帝国主义国家要求清政府改革政治体制,以适应西方国家进一步政治经济侵略的需要,而清末政府在戊戌政变和清末新政这两个重大历史事件中表现出来的是拒绝改革政治体制的态度,这进一步加深了帝国主义列强和清末政府之间的矛盾。1904年日俄战争在中国东北地区爆发,日本取得对俄战争的胜利,国内舆论普遍认为日本因为国内建立的君主立宪制度而取得对俄战争的胜利,沙皇俄国因其国内封建落后的专制制度而归于失败,因此呼吁立宪的声音遍于朝堂之上。

### 1.1. 国内背景

秦始皇嬴政扫六合统一天下之后,建立我国历史上第一个封建王朝。因为我国是封建制国家,君主在国家权力的建构中处于权力最高的地位,明清时期皇权的地位强化到封建社会的顶峰,清朝在思想文化领域的皇权专制突出的表现为文字狱的大规模兴起,但自鸦片战争以来,两千多年的封建君主专制制度出现巨大变化,所谓两千年未有之大变局就是描述当时的社会历史背景,列强对中国进行侵略,清政府被迫进行割地、赔款、签订不平等条约,以此来满足列强侵略的野心。清政府暴露出其统治的腐败无能,难以抵抗西方列强的入侵,封建统治摇摇欲坠,

自古以来中国即是农业立国,农业生产力的发展对于国力的强大具有关键作用,为建立统一多民族的国家的建立与巩固奠定基础,“重视农桑、重农抑商”是历代封建王朝采用的经济政策,直至清末鸦片战争爆发后,帝国主义国家实施商品倾销战略,在资本输入的过程中,我国的民族工商业开始兴起,逐步突破千年来国家不重视商品经济发展的政策,社会产生了新的阶级即民族资产阶级,其中资产阶级改良派以康有为、梁启超为代表掀起了戊戌变法,他们寄希望于清末政府进行政治体制改革,实行君主立宪制度,但最终归于失败;资产阶级革命派掀起的黄花岗起义、广州起义等历次革命起义传播了民主革命思想,使得辛亥革命最终爆发,历次革命的打击使得清政府不得不进行变革,于是清末政府主导的清末新政便开始了。

## 1.2. 国外背景

列强从鸦片战争开始对中国进行侵略。中国人民奋起抵抗，农民阶级发起了太平天国运动和义和团运动。义和团使得帝国主义列强意识到了其瓜分中国的企图难以得逞，会激起中国最广大的人民群众的反抗。帝国主义列强于是改变其侵略政策，开始采取以华制华的策略，扶持腐败无能的清末政府作为傀儡政权继续统治着中国。太平天国运动和义和团运动在中外反动势力的联合绞杀下失败了。帝国主义希望中国发展资本主义，变成西方国家的廉价的原料产地和其产品的倾销地，因此帝国主义列强要求清末政府进行制度改革，以此来披上民主和共和的外衣用以迷惑群众。

唐朝时期发布的《唐律疏议》是中华法系的典型代表，对之后的封建王朝的法律制度的建立起到了重要影响、对外部世界也产生很大影响，尤其是和中国一衣带水的古代日本，比如《养老律令》《大宝律令》。古代日本属于中国的传统文化圈，但近代以降，日本经过明治维新变法在政治上确立起了君主立宪的政治制度，资本主义经济发展逐步加快，国力逐渐强大，在中日甲午战争中胜利以及甚至在1904年日俄战争中打败貌似强大的沙皇俄国，一跃成为亚洲最强大的资本主义国家。

由此我们可以看到鸦片战争以后，清王朝面临各种矛盾，国内有突出的民族矛盾，包括封建统治阶级和资产阶级改良派、革命派的矛盾，封建地主阶级和农民阶级的矛盾；国外有列强要求清政府改革政治体制，以适应西方列强进一步侵略的需要与清末政府拒绝变革、妄图维持落后的封建专制统治的矛盾。1904年日俄战争在中国东北地区爆发，结果是日本胜，俄国败。令世人皆为之震惊。国内舆论界普遍认为日本以立宪而胜，沙俄以专制而败，朝野上下普遍呼吁清政府进行立宪改革。

## 2. 清末法律制度改革的指导原则

法律制度的改革必须具备完善的顶层设计，指导原则的出台即是符合这一设定的，它对于清末政府改革成为以宪法为主，诸法为辅的法律制度体系奠定了重要基础。

清政府1905年正式“仿行立宪”，派遣五大臣赴日考察，最终清朝确定“大权统于朝廷，庶政公诸舆论”的立宪指导原则，目的之一在于敷衍和拉拢要求改革的立宪派，因为此时以康有为、梁启超为代表的立宪派人物正在海外积极倡导中国进行立宪改革，另一个目的即抵制势不可挡的革命运动，资产阶级革命派掀起的历次起义正在一步步地摧毁清末政府统治的根基，此外清末政府意图进一步取得帝国主义列强的支持则是第三重目的，毕竟列强希望清末政府进行立宪改革以进一步控制中国为其傀儡国，不至于引起人民革命导致帝国主义难以统治四分五裂的中国。

清末政府为立宪改革确立了时间轴，即从1908年至1916年逐步颁布宪法、民法、刑法、商法、刑事诉讼法、民事诉讼法等法律，1917年实行宪政。在“预备立宪”指导下，清政府首先颁布了《钦定宪法大纲》。

## 3. 清末政府的宪法法律制度的改革

清末政府进行宪法法律制度的建设肇始于戊戌变法时期，康有为、梁启超为代表的维新派人物掀起了学习西方宪政制度的风潮。甲午战争的失败迫使清末政府开始思考起法律制度建设对于挽救统治危机的可行性，于是自上而下的改革从清末政府内部开始了。至清末新政时期，对于宪法法律制度的建设才初有成效，这以两部法律文献的出台为标志，即《钦定宪法大纲》《宪法重大信条十九条》。

### 3.1. 以《钦定宪法大纲》为主体的宪法法律制度的改革

《钦定宪法大纲》是清末政府于1908年8月27日颁布的宪法性文件，是中国历史上第一个宪法性文件。它共23条，分为正文“君上大权”和附录“臣民权利义务”两部分，基本上以1889年《大日本帝国宪法》前两章为蓝本。

第一部分共 14 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”。可见此宪法的本质不是实现清末政府的君主立宪的政治制度,而是为了巩固君主专制的封建统治,以此确保皇权的至高无上性。

在条文中,皇帝被法律明确授予了颁布法律、发交议案、召集及解散议会、设官制禄、黜陟百司、编订军制、统帅陆海军、宣战媾和及订立条约、宣告戒严、爵赏恩赦、总揽司法权等权力,以及在紧急情况下发布诏令的权力,此诏令与现存法律制度相比具有优先性。并且“用人之权”,“国家邦交之事”,“一切军事”,不交付议院议决,皇帝皆可独断专享。这表明了皇帝享有用人之权以及外交权和军事权,不受法律约束。

第二部分共 9 条,对臣民的权利与义务以附则形式作出规定,臣民有纳税、当兵、遵守法律的义务。在法律范围内,享有言论、著作、出版、集会、结社、担任公职等权利和自由。《钦定宪法大纲》确认了君主立宪制的政治改革方向,但由于君权强大,议院立法权和监督权十分有限,臣民的自由权利微不足道并缺乏有效保障。该大纲是以清光绪帝的名义颁布并非慈禧太后的名义,这或许与来自列强的压力息息相关。对于臣民权利均以“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”。可见规定是一纸空文,皇帝对于臣民的权利可以随时收回。

在《钦定宪法大纲》之后,清末政府陆续出台了相关配套的法律条文,如《咨议局章程》《资政院院章》。《资政院院章》和《咨议局章程》是清末新政中颁布的两个具有宪法性质的法律文件,具有资产阶级国家政权中议会中的些许特征。资政院和地方咨议局的设立是清末立宪过程中成立的重要机构,但是因为清末政府并没有让渡权力的打算,该机构的设立并没有对推动清末宪政运动的发展和进步产生积极作用,让立宪派群体看透了清末政权的本质,更加速了清末政府的加速解体。

《钦定宪法大纲》体现了“大权统于朝廷”的精神,但其第一次明确规定了皇权“法定”及臣民权利义务,对于启发民智,培养近代法律意识有一定意义。《钦定宪法大纲》打破传统中华法系的结构,推动其向大陆法系转变。成为清末政府法律制度体系中的根本法。

《钦定宪法大纲》作为中国第一个宪法性文件,且不说宪法中的内容是否真的完全落实,它作为我国宪政实践的起点,在数千年的文明史上,仍占有一席之地。即便没有挽救清政府的统治,对于后世同样都是有价值的[1]。

### 3.2. 《宪法重大信条十九条》作为新宪法的改革

《宪法重大信条十九条》,是 1911 年清政府于辛亥革命爆发后颁布的又一个宪法性文件。是继《钦定宪法大纲》后的第二部宪法性文件。《十九信条》是一部临时宪法,采用君主立宪政体。它仍强调“大清帝国皇统万世不易”“皇帝神圣不可侵犯”,对于人民的权利只字未提,作为一种应急的政治策略,不可挽回清王朝大厦将倾的败局。

《宪法重大信条十九条》在国内学界具有很高的评价,被称之为“清代所曾颁布的唯一宪法,且为中国历史上的第一部宪法”[2],“这是清王朝最后一部宪法性文件”,“其历史意义不容忽视”[3]。与《钦定宪法大纲》相比较,《宪法重大信条十九条》无疑具有进步的历史意义,“十九信条”已经从《钦定宪法大纲》的模仿日本帝国宪法的实践阴影下中走了出来,逐渐以英国君主立宪制度为榜样,但是相比于英国的君主立宪,清末政府这次出台的“十九信条”并没有达到英国虚君共和制度的历史高度。因为在一些重要的问题上,“十九信条”显得模棱两可,如“海陆军直接皇帝统率。但对内使用时,应依国会议决之特别条件,此外不得调遣”、“不得以命令代法律,除紧急命令,应特定条件外,以执行法律及法律所委任者为限”,这表明了皇帝的权力仍可以在其职责权力范围之内任意行使,“十九信条”并不能像英国议会限制英国君主权力那样限制满清皇帝的权力。正如学者陈峰说过:“我们可以肯定地

说“十九信条”意味着当时中国的立宪主义已经摆脱日本模式的牵引，而转向拥入英国模式的怀抱”[4]。

尽管其中充斥了许多封建性的东西，并且最终以失败而告终，但它毕竟是中国历史上第一次立宪尝试，就当时中国的客观情况来讲，其进步因素是显而易见的，它所建立的以君主立宪制为政体、以议院为立法机构、以选举制和地方自治为基础的资产阶级国家制度的雏形在客观上促进了封建专制制度向现代化国家制度的过渡[5]。

#### 4. 清末政府以宪法为基础进行的法律制度改革

清末政府在宪法确立的基础上进行了一系列的法律制度体系建设，确立了“中外通行，有裨治理”的指导思想。这一指导思想强调，法律制度的建设既要吸收引进西方近现代法律形式和法律制度，又不能违背中国传统的伦理纲常，即所谓“折中世界各国大同之良规，兼采近世最新之学说”，同时更“不戾乎中国数千年相传之礼教民情”，其最终目的为巩固君主专制统治，使得清末统治得以维系。

清末法制改革虽然集中在 20 世纪初短短的 10 年中，但制订的法律文件却多达几十种，涉及政治、经济、贸易、文化、教育、司法、外交等各个方面，成果非常丰富[5]。

##### 4.1. 以《大清现行刑律》和《大清新刑律》为代表的刑法制度的改革

古代中国讲“诸法合体，以刑为主”，刑律始终是最重要的内容，清末修订也是从刑律开始。《大清现行刑律》是 1910 年颁布的过渡性法典，是在《大清律例》的基础上作局部调整删改而成。与《大清律例》相比，《大清现行刑律》的主要内容有：

首先取消《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 30 门。总则、名例、河防等依然保持，其中涉及户邑、田宅、婚姻、仓库、盗匪、斗殴等一类的内容，类似于之前的条法事类。其次关于继承、分产、婚姻等纯属民事性质的条款不再科刑，设置新的刑罚体系，删除凌迟、枭首、戮尸、刺字等残酷刑罚和缘坐制度，将主体刑罚确定为死刑、遣刑、流刑、徒刑、罚金等五种。其中死刑包括斩刑和绞刑。民事、刑事、行政都适用制裁，比如义绝要求双方分手，否则杖一百，即违背要受到刑罚，《大清现行刑律》民事性质的条款不再科刑，为了以示民刑区分。最后就是随着社会历史的发展以及为了巩固统治秩序增设相关新罪名，如妨害国交罪、妨害选举罪等。

《大清现行刑律》只是对原《大清律例》进行了局部的和形式上的改动，大部分条文也仍沿用了旧的条款。对于《大清律例》的基本精神和主要原则也未作根本性的改变[6]。

日本著名法学家冈田朝太郎协助清末政府主持编撰了《大清新刑律》，对清末法律制度的改革起到关键作用。《大清新刑律》是 1911 年颁布的中国历史上第一部近代意义上的专门刑法典。分总则和分则两编，另附有《暂行章程》5 条。与《大清现行刑律》相比，《大清新刑律》在内容和形式上都得到进一步完善。

《大清现行刑律》是过渡性法典，其依然包括田宅、婚姻非刑事的内容；《钦定大清刑律》则只有和刑法相关的内容，和刑法无关的全部删除，它的颁布标志着中国在刑法制度的确立上开启了近代化的步伐。首先它在体例上抛弃了以往旧律“诸法合体”的编纂形式，采用近代西方刑法典的体例，分总则和分则两部分。总则规定犯罪和刑罚的一般原则及适用范围，分则以罪名为章名，规定犯罪的构成和法定量刑幅度。

其次它采用近代刑罚体系，刑罚分为主刑和附加刑。主刑包括死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役、罚金；值得注意的是此时死刑只包含绞刑一种了，《大清现行刑律》中的死刑的执行方式之一斩刑到这时已经予以废除，与此同时遣刑和流刑作为有期徒刑的执行方式也被予以废除。增加的刑罚有拘役，原有的从笞杖刑也改为予以罚金进行处罚。拘役和罚金都是在法律条文中首次出现。

附加刑包括褫夺公权、没收财产。《大清新刑律》注重引入西方的刑法原则和刑法学的通用术语。首先是罪刑法定主义原则，古代法律没有明文规定时是依据比附、类推处理，清末是罪刑法定，规定“法律无正条者，无论何种行为，都不为罪”，类似于今天的法无明文规定不为罪；其次是废除古代的比附、类推的规定和取消十恶、八议、官当；最后是引入既遂、未遂等术语，

在《大清新刑律》中将谋反罪改为内乱罪，新增有关国交、外患、电讯、交通、卫生等罪名。谋反罪是图谋危害君主统治、反对皇帝、社稷的犯罪，内乱罪扩大谋反的范围，除了上述，还包括以暴力侵害国权、国土、国宪。《钦定大清刑律》其实是在以法律条文掩盖君主专制统治的本质，以维系清末政府封建专制的统治。

其新增的有关国家外交、外患、电讯、交通、卫生等罪名体现了清末政府根据社会实践的发展新增了相关罪名以维系其封建专制的统治，表现了法律制度的出台和改革是作为上层建筑的内容，其要根据其经济基础的变化而产生变化。尽管《大清新刑律》在近代中国法律制度建设上产生了重要作用，但其也具有浓厚的封建礼教色彩，因清末王朝最终于1912年覆亡，该律并未正式施行。

从单纯技术的角度看《大清新刑律》显然与包括《大清律例》在内的中国古代成文法典在结构、体例、表现形式以及部分内容上有较大的不同，它应该属于近现代意义上的新式的专门刑法典[6]。

## 4.2. 以《大清民律草案》为代表的民法制度的改革

1911年完成的《大清民律草案》是近代中国历史上第一部民法典草案，它确立了民商分立的原则，共五编内容：总则、债权、物权、亲属、继承，前三编以“模范列强”为主，即模仿学习西方列强的民律立法原则。其中总则包含私有财产神圣不可侵犯、契约自由的内容；债权包含债的标的、效力、消灭、权利义务；物权则包含财产性的权利保护。以上三编完全模仿学习西方的民律立法原则，为近代中国法律制度的现代化奠定重要基础。

后两编以“固守国粹”为主。亲属、继承这两编主要讲解民事，其中婚姻和继承是重点，这两编保持传统中国的特色，固守国粹，维护封建纲常礼教是清末法律建设者中的礼教派所倡导的内容。这也看的出礼教派在清末法律制度的建设中确立起了话语权和主导权。

日本法学学者土松岗义正主导前三编的起草工作，他作为一位日本人，对日本法律情有独钟，于是模仿日本明治29年《民法典》，与此同时也对比参照德国和瑞士《民法典》。后两编由清廷礼学馆主导起草工作尽管在后两编条文中出现了某些资产阶级性质的法律制度，但以张之洞、劳乃宣为代表的礼学派们更注重沿袭中国封建传统儒家道德和民间习俗。

《大清民律草案》是在中国海禁打开社会性质发生根本变化的特定时期的特殊产物。虽未及颁行，但它基本上反映了在自给自足的自然经济瓦解的半殖民地半封建社会，发展商品经济保护私有财产的需要，因而成为中国半殖民地半封建社会民法典的蓝本[7]。

## 4.3. 以《钦定大清商律》为代表的商法制度的改革

自鸦片战争以降，西方商品倾销、资本输出从一定程度上带动了近代中国商业的发展，清末政府地主阶级洋务派掀起的洋务运动提升了对商业的重视，从传统的重农抑商到清末社会的农商并重。政府在一定程度上起到了关键作用，尽管这种作用受帝国主义列强影响较大。自1903年至1907年，由新成立的商部颁布了一些应急性法律法规，如《钦定大清商律》《公司注册试办章程》《破产律》等为近代商业法律制度的确立奠定了基础；后续于1907年至1911年，由清末政府的法律编撰机关修订法律馆出台的《大清商律草案》《破产律草案》等法律制度促进近代商业法律制度的形成与完善。

《钦定大清商律》包含《商人通例》与《公司律》两部分。《商人通例》包含九条内容，对于商人

从商的资格、商号及商事账簿管理等问题进行了法律意义上的规定，“女子于法定之场合，得营商业，但必须呈报商部”、“妻得夫之许可书，且呈报商部，得营商业，但夫于妻之债务，不能辞其责”。以上的第3、4条专门规定了女子从商的准入条件和资格，极具传统中国伦理道德的特色，即夫为妻纲。这表明该部法律带有明显的半殖民地法律的烙印。比如有夫之妇经商需要经过丈夫许可；夫妻有债务纠纷时，丈夫不能以不知道为由逃避责任，说明不承认妇人的地位。《公司律》共有11节，共计131条内容，主要根据公司种类不同以及其运作方式的差异来进行法律上的规定，确立的多种商业从业的法律制度符合当时中国的国情，为民族工商业和外资商业的健康发展提供了法律上的保障，这与传统的商事习惯迥异。

《钦定大清商律》以“模范列强”、“博稽中外”为立法原则。表现了清末政府旨在学习西方和保留中国自身商事习惯的传统特色中寻找平衡。在商事法律制度的编纂结构和立法技术上，充分体现了照顾商事活动简便性及敏捷性的要求，以宽为主，例如认可公司符合法定条件即可以设立，不要求再加上批转，注重与商为便。

据统计，1911年全国约有2300多家公司，资本总额约3.2亿元，是1901年公司数量和资本金额的4.5倍<sup>[8]</sup>。从这项统计数据我们可以看出《钦定大清商律》对促进清末资本主义经济的发展具有重大的积极意义。

从为工商业立法这个角度上来看，清末政府无意中保护了民族资产阶级的利益，这是符合历史进步潮流的。对于促进民族资本主义的发展和壮大有其正面效用。从这个意义上来说，《钦定大清商律》打破中国古代“诸法合体，民刑不分”立法体例的束缚，以其法律移植为主的独特立法特征，成就我国近代第一部商事立法的重要历史地位，是当之无愧的<sup>[9]</sup>。

#### 4.4. 法院组织法与诉讼法

清朝中央机关、刑部同时具有审判、司法、行政职能，导致行政和司法不分，西方的三权分置为清末政府进行官制改革提供了有效借鉴，即行政、立法和司法三权分置，清末政府于是就行政、司法分立开始进行现实的立法实践。

1906年，清朝发布《厘定官制谕》，将刑部改为法部，法部开始专管司法行政事务，是司法行政机关），大理寺改为大理院，专掌审判，作为新成立的审判机关。清末官制改革的重心之一是建立与行政分立的新司法体制，新的官制的出现为后期清末政府建立法院组织法奠定了组织基础。清末政府于1907年颁行《各级审判厅试办章程》作为过渡性质的诉讼法规。为法院编制法和刑事、民事诉讼法的颁行埋下了伏笔。作为清末法律制度建设的法理派的代表沈家本主持编成的《大理院审判编制法》规定大理院负责审判，共五节，分别为总纲、大理院、京师高等审判厅、城内外地方审判厅、城隍局，是近代中国第一部法院编制法。《大理院审判编制法》的编制完成表明了清末政府确立起了民刑分理的体制、司法独立原则和确认四级三审制的审级。

“民刑分理”是建立民庭和刑庭分别审理。古代中国社会民刑不分，中央审理刑事案件，地方司法机关不分民刑。例如清朝的时候，州县自行审结民事案件以及笞杖刑案件，《大理院审判编制法》则在近代中国第一次确立起了确立了民刑分理的重要体制；古代中国自有三省六部制开始，刑部负责审判、司法、行政，即表现为司法、行政不分，现在将刑部改为法部，专管司法和行政工作；大理寺改为大理院，专掌审判工作，司法和行政分开，司法独立于行政；四级三审制的审级在现实司法实践中表现为有些案件由城隍局一审、地方审判厅进行二审、高等审判厅三审终审。有些案件城隍局不能一审，由地方审判厅进行一审，高等审判厅二审，大理院三审，这为中国司法体制近代化奠定起了法制基础。

在法律制度改革之前，清朝的都察院负责监督、重大案件审判职能，即都察院机关既有监察权还存

在审判权,《法院编制法》完成之后,都察院改为检察厅,专管检察,取消审判职能,即本身两个职能,现在只具备一个职能,审检分立。《法院编制法》是1910年清政府公布的关于法院组织的法规。该法仿日本裁判所构成法拟订而成,共16章164条,内容涉及各级审判机构的设置、组织、审判规则及司法行政事务等,并吸收了西方国家的一系列新的司法原则,如司法独立、辩护制度、公开审判、合议制度等等,但并未能真正实施。但是它的形成为清末政府确立审检分立的原则奠定了法制基础。

刑法不完善还不能达到伤害百姓的目的,但是如果刑事诉讼法不完善,那么它的危害性则是巨大的,它足以让一个好人蒙冤,也足以让一个罪犯逍遥法外,因此刑法与刑事诉讼法缺一不可,相辅相成[10]。对于诉讼法的重视促使沈家本在后来的法律编纂过程中陆续草拟好相关草案,为刑法体系的完善做出了重要贡献。

中国与其他国家的国情和法令虽然各有所长,但是西方国家的先进之处在于,对于私权利的维护是十分周到的[11]。对于民众私权的维护正是沈家本草拟民事诉讼律法的初衷,对于近代中国法律建设和民众权益的维护都起到了积极作用。

由于清末修律大臣沈家本等人草拟的诉讼法典草案《大清刑事民事诉讼法草案》遭到各省督抚的反对和礼教派的攻击,该法律草案未能颁行。而后沈家本等人相继起草《大清刑事诉讼律草案》与《大清民事诉讼律草案》,这两部诉讼法草案系仿照日本和德国诉讼法编纂而成,但均未及颁行。沈家本主持于1906年拟定的《刑事民事诉讼法草案》,打破了传统的实体法与程序法混编、没有单独诉讼法典的历史,也纠正了传统法律观念中的重实体不重程序的偏误,使刑民之体,得以诉讼为用。这是中国第一次开始区分实体法和诉讼法[12]。

## 5. 结语

在立法指导思想,一方面“改弦更张”“参酌各国法律”进行变法修律;另一方面在涉及国家政治体制的根本问题上坚持“不戾乎中国数千年相传之礼教民情”。在内容上,一方面坚持封建君主的专制统治及儒家的伦理纲常,肯定和维护君主的专制统治;另一方面标榜“吸收世界各国大同之良规、兼采近世最新之学说”,法律制度的建设当中兼具保守与先进。在法典编纂形式上,改变“诸法合体”的形式,明确实体法之间,实体法与程序法之间的区别,逐步地形成近代法律体系的雏形。在实质上,在君主政体下的修律,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。根本上是为了维系封建专制统治,不可能有真正的民主和宪政。修律导致传统中华法系走向解体。这一时期法律制度的特征表现为摄入很多其他元素,开始打破以刑为主的中华传统法律制度体系,开始出现刑律、民律、商律等法律。值得肯定的是清末对于法律制度的修订为中国法律近代化奠定了基础,在一定程度上引进和传播了西方近现代法律学说和法律制度,在客观上有助于推动中国资本主义的发展和法学教育的近代化。

## 参考文献

- [1] 房贞,任君蕾.试析清末“钦定宪法大纲”[J].商,2016(8):233.
- [2] 王世杰,钱端升.比较宪法[M].北京:中国政法大学出版社,1997:351.
- [3] 周叶中.宪法[M].北京:高等教育出版社,北京大学出版社,2000:65.
- [4] 陈锋.中国宪法史研究纲要[M].贵阳:贵州人民出版社,2003:118.
- [5] 周金恋.清末法制改革的现代化特征[J].郑州大学学报(哲学社会科学版),2001,34(5):100-103.
- [6] 贾孔会.清末刑法制度改革刍议[J].学术论坛,2003(2):104-107.
- [7] 马珺.从《大清民律草案》看传统法与外来法的冲突[J].史学月刊,2008(3):39-45.
- [8] 樊百川.二十世纪初中国资本主义的发展概况与特点[J].历史研究,1983(4):48.

- [9] 张雪菲. 晚清《钦定大清商律》的立法特征[J]. 兰台世界, 2013(17): 142-143.
- [10] 沈家本. 历代刑法考[M]. 北京: 中华书局, 1985: 56-61.
- [11] 沈家本. 寄谥文存[M]. 北京: 商务印书馆, 2013: 102.
- [12] 王洪涛. 清末法制改革述论[J]. 理论导刊, 2006(6): 92-94.