

# 1902年（光緒二十八年）： 中國法百年祭

李貴連\*

王志強\*\*

## 要 目

壹、1902年與中國近代法	參、存在問題
貳、商約談判與領事裁判權	肆、歷史成因

## 摘 要

百年以前的世紀之交，中國法的試圖改弦更張，是在一種備受壓迫、謀求出路的政治處境下開始的。法律改革，從改造舊法律入手，經過十年的努力，到清王朝傾覆。從草創伊始，它就帶著濃厚的為現實政治服務、解決現實社會問題的工具性色彩。這些法律文件，當時無論實施與否，都大大開拓了中國人的視野，並使當時的法學研究成為可能；更重要的是，它為中國學習西方法邁出了關鍵的、也是成功的一步，這一步結束了建構在中國社會哲學上的中華法系，從這時

\* 李貴連，北京大學法學碩士，現任北京大學法學院教授、博士生導師。

\*\* 王志強，北京大學法學博士，現任上海復旦大學法學院副教授。

起，師法歐美，成了中國法的新傳統。而且，不師則已，師則師其最新，成了中國的世紀風尚，在這樣的時尚下，西方法律和各種法律學說，通過翻譯，潮水般的湧入中國。

在一百年後的今天，述說解讀這一歷史，需要一本書抑或二本、三本書甚至更多的專著，然而這篇小文，對此都只能略而不論，僅能就百年中國法和法學存在的問題，以及它的歷史成因，談點粗略的看法，並以作為百年中國法的祭禮。

**關鍵詞：**中國法百年、領事裁判權、中國近代法

1902年1月1日，按傳統的中國曆法，是清光緒二十七年十一月二十二日，清光緒二十八年一月一日，為西曆1902年2月8日。光緒二十八年十二月三十日，已是西曆1903年1月28日。1902與光緒二十八年，中西曆法計算小有不同。這也可算是中西差異吧。本文既以1902年（光緒二十八年）為題，因此，我想把這一年界定在1902年1月1日至光緒二十八年十二月三十日即1903年1月28日。

1902年1月7日（光緒二十七年十一月二十八日），在八國聯國的打擊下，挾持光緒皇帝西逃，從1900年10月26日（光緒二十六年九月四日）起，就住在西安的最高統治者慈禧老佛爺，帶著傀儡皇帝，終於在這一天回到闊別一年多的紫禁城。

為了渡過因戰爭而帶來的權力危機，早在西逃期間，老佛爺就下達了變法改圖推行新政的命令。<sup>1</sup>如今重返紫禁城，雖然寶座重登，但是權力危機仍然沒有完全消除。紙上新政，如果不付諸行動，就無法使洋人和國人認識金身重塑的老佛爺。1902年的政治日曆，就在這樣的局面下翻開，新政就在這樣的動機下施行，法律改革就在這種新政中啟動。

<sup>1</sup> 如光緒二十六年十二月十日的詔書，光緒二十七年三月三日、四月十七日、八月二日、八月二十日等的詔書。

## 壹、1902年（光緒二十八年）與中國近代法

塵封的 1902 年的日誌，記錄了下列與中國近代法息息相關的事件：

- (1) 1月10日，張百熙受派，出任京師大學堂管理大臣。
- (2) 1月11日，同文館歸入京師大學堂。
- (3) 2月13日，（光緒二十八年一月六日），張百熙奏籌辦京師大學堂情形。
- (4) 2月23日，派呂海寰會同盛宣懷籌議商約事宜（1901年10月1日，即光緒二十七年八月十九日，已派盛宣懷一人議辦通商行船各條約。這一天加派呂海寰）。
- (5) 3月11日（光緒二十八年二月二日），詔令出使大臣，查取各國通行律例，責成袁世凱、劉坤一、張之洞保送熟悉中西律例者，聽候簡派，準備編纂法律。
- (6) 5月13日（光緒二十八年四月六日），沈家本、伍廷芳受命參酌各國法律，改革舊法。近代法律改革正式拉開序幕。
- (7) 6月7日，山西官員和士紳，奉巡撫岑春煊之命，與英國傳教士李提摩太、敦崇禮（Moir Duncan）訂立山西大學堂西學齋章程。
- (8) 7月8日，英國代表馬凱（James L.Mackay）到武昌，與張之洞議商約。
- (9) 7月27日，命張之洞充督辦商務大臣，呂海寰、盛宣懷赴湖北續議英日商約。
- (10) 8月15日，張百熙奏上所議學堂章程，詔頒行各省。
- (11) 8月28日，命呂海寰、盛宣懷將議定之英國商約畫押。
- (12) 9月5日，盛宣懷、呂海寰與英國代表馬凱在上海續訂通商行船條約。

(13) 9月15日，袁世凱恢復天津中西學堂（1903年4月27日，中西學堂改為北洋大學堂）。

(14) 10月26日，命袁世凱充督辦商務大臣，與張之洞會同辦理，以伍廷芳為會辦大臣，並會議各國商約事宜。

(15) 12月17日（光緒二十八年十一月十八日），京師大學堂開學。

上列事件，可以概括為二點：

第一，中國的大學教育，經過一波三折後，重新啟動。舊式科舉教育式微，近代新式教育從此一發不可收拾，一直延續到今天。三所公立大學，在學科設置上，當時都一無例外地將西方式的近代法學列入。京師大學堂當年招收的仕學館速成科，正式講授近代法學課程。

第二，胎死戊戌的法律改革，老佛爺金口玉言，認可啟動。

不管老佛爺當時的內心如何。二月二日和四月六日的奉天承運，明明白白地寫著：「著各出使大臣，查取各國通行律例，咨送外務部。並責成袁世凱、劉坤一、張之洞，慎選熟悉中西律例者，保送數員來京，聽候簡派，開館纂修，請旨審定頒行。總期切實平允，中外通行，用示通變宜民之至意」。<sup>2</sup>「著派沈家本、伍廷芳，將一切現行律例，按照交涉情形，參酌各國法律，悉心考訂，妥為擬議，務期中外通行，有裨治理」。<sup>3</sup> 8月28日，經過馬拉松式談判的中英通商行船條約畫押，「交涉情形」一錘定音：「中國深欲整頓本國律例，以期與各西國律例改同一律」<sup>4</sup>；英國以放棄在華領事裁判權，承諾對改革支援的文字，寫入條約。「中外通行」、「改同一律」，按照今天的語境，就是世界化、全球化。1902年所定的這種改革的核心，儘管在改革開始後出現諸如禮法這樣的爭論。但是，實際運作從未偏離這個核心。

2 《光緒朝東華錄》總4833頁。中華書局1958年版、1984年第2次印刷。

3 前揭②總4864頁。

4 前揭②總4919頁。

在中國社會進入近代 60 多年後，「潘朵拉的盒子」終於被打開。它一打開，就勢如燎原之火，再也無法撲滅。

近代法學教育，以翻譯介紹外國法律法學為內容，迅速普及全國。舊式的以《大清律例》為學習研究對象的律學教育模式宣告結束。西方法（特別是大陸法）成了中國近代法學教育和研究的路向。直至今日，儘管世紀風雲變幻，中國的法學教育仍然是這種模式的濫觴。

法律改革，從改造舊法律入手，經過十年的努力，到清王朝傾覆。通過「參酌西法」，不但舊的《大清律例》改造成暫行的《大清現行刑律》；通過「模範列強」，一批以西方現代法學理論為支撐的法律和法律草案相繼出臺，並粗成系統。這些法律文件，當時無論實施與否，都大大開拓了中國人的視野，並使當時的法學研究成為可能。更重要的是，它為中國學習西方法邁出了關鍵的、也是成功的一步。這一步結束了建構在中國社會哲學上的中華法系。從這時起，師法歐美，成了中國法的新傳統。而且，不師則已，師則師其最新，成了中國的世紀風尚。在這樣的時尚下，西方法律和各種法律學說，通過翻譯，潮水般的湧入中國。五光十色，令人目不暇給。

1902 年（光緒二十八）年與中國法結下的這種不解之緣，留給中國法律史太多的東西。在一百年後的今天，述說解讀這一歷史，需要一本書抑或二本、三本書甚至更多的專著。這篇小文，對此都只能略而不論。而僅能就百年中國法和法學存在的問題，以及它的歷史成因，談點粗略的看法，並以此作為百年中國法的祭禮。

## 貳、商約談判與領事裁判權

我在上面引述的光緒二十八年的事件中，有好幾件（4、8、9、11、12）是商約談判。我所以要強調這個問題，是因為一個五十年代以前即已十分明白確切的問題，到八、九十年代，反而被搞亂了。這個問題就是領事裁