法意发凡

——清末民国法理学著述九种

程 波 点校

清华大学出版社

法意发凡

——清末民国法理学著述九种

程 波 点校

清华大学出版社
北京

版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010－62782989　13701121933

图书在版编目（CIP）数据

法意发凡：清末民国法理学著述九种 / 程波点校. —北京：清华大学出版社，2013.1

（法意）

ISBN 978-7-302-28887-9

Ⅰ.法…　Ⅱ.程…　Ⅲ.法理学－中国－民国－文集　Ⅳ.D909.26-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 105346 号

责任编辑：李文彬
封面设计：傅瑞学
责任校对：宋玉莲
责任印制：沈　露

出版发行：清华大学出版社
网　址：http://www.tup.com.cn，http://www.wqbook.com
地　址：北京清华大学学研大厦 A 座　**邮　编**：100084
社总机：010-62770175　**邮　购**：010-62786544
投稿与读者服务：010-62776969，c-service@tup.tsinghua.edu.cn
质　量　反　馈：010-62772015，zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn
印 刷 者：三河市君旺印装厂
装 订 者：三河市新茂装订有限公司
经　销：全国新华书店
开　本：155mm×230mm　**印　张**：43　**字　数**：658 千字
版　次：2013 年 1 月第 1 版　**印　次**：2013 年 1 月第1 次印刷
印　数：1～3000
定　价：72.00 元

产品编号：044846-01

凝练法意

“法意”主编者言

法律是一种规则体系，同时并为一种意义体系。任何规则必涵蕴有一定的法理，载述着一定的道德关切，寄托着深切的信仰。凡此种种，一言以蔽之，曰法意，它们构成了规则的意义世界，而为法制之内在基础。

任何法制的生长与运作，必伴有相应的法意。在法律移植的情形下，甚至滥觞于相应的法意，法意因而为法制的先导。法制恒定而恒变，法意因而表现出自己的时代特征与地域色彩。反之亦然。不过，就人类迄今为止有限的历史来看，诸如公平正义，仁爱诚信，安全、自由、平等、人权、民主与宽容等基本价值与信仰，构成所谓世道人心，关乎人的生存和尊严，却恒定而不变，万古而长青。这是人世生活本身的要求，也是合理的人间秩序的固有品质。既然一切法制和法意均源于生活本身，分别表述了生活的规则性存在和意义性存在，那么，法律之道即生存之道，法意即生活的意义，而生活的意义主要即在此世道人心。

晚近中国对于西方法律的大规模移植，意味着对其背后的知识、学理乃至道德和信仰因素的有选择继受，同时并是一个将它们与中国人文善加调和的过程。此一建设现代中国法制和法意的过程，迄今而未止。百年间现实法制建设的顿挫，“有法不依”现象的普遍存

在,反映的不仅是规则的无效,同时并彰显了意义的危机,世道人心的紧张。由此,对于基本法理的阐释,关于规则的道德关切和信仰因素的追索,总之,对于"法意"的深入研究和进一步考问,依然是一个问题,甚至是一个更为急切的课题。

"法意"由清华大学"法治与人权研究中心"筹组,旨在庋集汉语法律学术资料,积累汉语法律思想成果,阐述法律的意义世界,对于上述问题作出现时代的回应。所收内容覆盖法哲学、比较法、宪政和人权等领域;体裁不拘,包括专著、文集、译著和选辑。经此劳心劳力,盼能涓滴汇流,聚沙成塔,增益中国文明的法律智慧,建设中国现代法制,最终塑育中国人理想而惬意的人世生活与人间秩序。或许,这也是当下法意的意蕴之一,而为编者馨香祝祷者!

许章润

2003 年 6 月 30 日

于清华明理楼

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

凡例

一、本书主要整理、点校出版民国(包括少量清末)时期,中国法律学人在法理学领域内的九种著述。点校过程中,对原著不作任何有损原意的改动,仅作适当的技术性加工,力求完整准确地再现原作内容和时代风格。每种著述之作者、版本信息及主要内容,则在每一种著述前,均由点校者撰写"点校说明"一则,指明史料来源、版本情况及内容提要。

二、原书为竖排版,本次出版一律改为横排。原文"左开"、"如左"之类用语,相应改为"下列"、"如下"等。原书所用繁体字、异体字,现全部改为简体字、正体字。原书无标点符号或标点符号使用不规范者,现用现代通行之标点符号代替。原书无段落划分者,点校时按文意作适当之段落划分。原著明显错误予以径改;残缺字以□字代之,错字、别字、衍字(文)、文字颠倒,改正处加〔〕;佚文增补文字加【】,以示区别。

三、所选原书由于出版时间不同,版本各异,加之原书之注释体例未尽一致。故点校者将原作者的注释一律置于页下,并用"原作者注"加以注明。点校者视必要将所加注释亦一并处理,但标明"点校者注"字样,以示区别。

四、原书关于国家、人名、书名、法典等译名,基本保留当时习惯译法,仅有部分原书引用较多且今天亦常见的外国人名,则径直改用现代译法,如"美音"、改译为"梅因","萨威宜"改译为"萨维尼","杜基"改译为"狄骥",上述情况仅第一次出现时,一般加注说明。原书

外国人名或附外语原文或已经直译，如荷伦（Holland）、诗泰儿（Sforr）、伯希尔，为避免误译计，一般不作改动，尽量保留原来的译法。原书一些专用术语，例如“相续”、“相续权”，“直道”等，今虽弃用，但点校时仍一律照旧。为便于读者对照核查，书后附部分外国人名译名对照表。

五、本书中若干著作列有参考书目。为便于读者了解和借鉴此文献状况，点校本悉数收录，一些外文书目，亦未译为中文，保持原样。原书作者注释中所引著作、判例等亦照此处理。为保留原著面貌，对原书所引用之事实、数字、书目、名称及其他材料确有错误者，也不作任何改动，但加注说明。确有排版错误，当时未能校出者，酌加改正，亦加“点校者注”以说明。

本书希冀编辑付梓，能汇集一批反映中国近代法理学方面的文献资料，同时也恳请读者予以批评指正，帮助我们在资料收集、编辑整理上日臻完善。

总目录

法论四篇 …… 范罕 1
法律 …… 周鲠生 51
社会法律学 …… 张知本 79
法律学方法论 …… 李祖荫 189
法治与民治 …… 吴之椿 225
新编法学通论 …… 孟森 255
法学通论 …… 夏勤 321
法学通论 …… 丘汉平 459
法律论 …… 梅仲协 553
新旧译名对照表 …… 658
主题索引 …… 661

法論四編

宣統二年十月發行
明治四十三年十一月

版權所有

非賣品

著者　范罕

印刷者　東京市神田區中猿樂町四番地　佐々木俊一

印刷所　東京市神田區中猿樂町四番地　光舍
（電話本局一九二五番）

点校前言

《法论四篇》原著者范罕(1874—1938),江苏南通人,字彦殊,自号蜗牛,是被汪辟疆认为同光体诗人"天猛星霹雳火秦明"的范伯子之长子,亦是当代著名画家范曾之祖父。范罕年少时,与范况兄弟二人,"有文学,足以推大君志","皆以诗名"。二十世纪之初,范罕又与陈师曾、李叔同、卢弼、缪篆等同代人一样,留学日本并接受新学。归国后执教席于上海、南通师范。范氏治学,法学诗学兼通。奈何世运沉浮,风云板荡,范罕终不免"得句先酬国,无家懒作仙",(《遣兴》)"客中诗句欢愉少,秋后湖山落照多",(《书报同学近状》)"日日离忧忧未已,空廊独步看云行"。(《即景用黄君豪韵》)如此吟咏穷困愁苦,亦是日后其诗学成就愈显其大,而法学阵地无从坚守的另一种写照。是故范罕之名,于今法学界不甚彰显,时人亦不知其"法论四篇"耳。

范罕的父亲范伯子

清末民初,许多日本留学生翻译或编撰承载"西学"、"新知"的新式书籍,多采用铅字竖排、西式装订技术。由于此类书籍变得越来越有利可图,这样,或由上海、广州、汉口、长沙等地日益壮大的民间出版机构出版发行,或直接在日本东京印刷出版,再销售至国内各地,成为新知识新文化传播的重要途径。此次点校的《法论四篇》版本,原为清末宣统二年(1910)十月出版发行。与当时许多新式图书一样,原书在日本东京出版,印刷者为日本人佐々木俊一。版权页除有"版权所有"的牌记外,还有

范罕(1874—1938)

“非卖品”字样。不过，这本《法论四篇》并没有给范罕带来成功。鉴于国人关注的热点和热情，该书的反响不会太大，流传的范围不会太广，阅读者也不可能太多。一百多年后，细读《法论四篇》，我们发现，这是一本按照近代法理学主题展开中外法学比较研究的法学著作，其法理之立论，法意之发凡，相较于当时流行以至于日后陈陈相因的汉译日本《法学通论》教科书，考证之细致而不拘滞，议论之畅达而蕴深义，中西法理，古今法意，相互映发，仍不失为一部极具学术价值的中国近代法理学作品。更为重要的是，该书记录了清末法制变革时期，中国法律学人早期“法论”的研究式样，成为引导人们进入清末法律变革之历史现场的路标。

正文第一为“法系”篇。范罕以近代法理学核心命题法律渊源为法论基点。所谓“法之起因，究系若何？”照范罕的理解，此需“尽求古代法律之真相”。一方面，依循通说，范罕指出，西方近世法学家合宗教、惯习、学说、判例，为法律渊源之四大统系。另一方面，范罕又以荀子“三本”之说，定为我国法学四系，曰天，曰亲，曰君，曰师。在这里，范罕颇得东西古今一贯之理，“用古人最好之书，证今日尚存之制”。正所谓义取会通，不泥于单辞只字。附会新说，不作无用强为之辩。否则，“分析愈精，解释愈详，则其去法理愈远”。基于这种研究态度，范罕既主张“天法、祖法、王法、师法四者，实我国法学渊源之标号”，又发扬中外诸儒对“师法”的各种解释，得出“君掌政权、师掌教权，政教合一。故曰神、曰圣，此言当矣”之结论。进而作法理进化次序表和法理相因表，以明法学系统。正所谓一代人有一代人的学术，在这里，范罕的“法系”在书中的意义，和今天所素称大陆法系、普通法系的用法不尽相同，而范罕所抱负的法系的进化，肯定于法律渊源演进的广义文明之中。如此，这部书，立论在“法律渊源”的演进的中西对比，产生了极富建设性的中国“法论”成果。

第一，“师法”即“学者之法”。在中国专指儒家而言。儒家出于史官。第二，理官一小支流，为后世法家之鼻祖。法家之言，实皆刑名家言，其学传之李悝，为我国言成文法者所祖始。第三，“东西学者论及我国法系，辄举申韩之言，以为佐证，予窃不取。盖其学不根于义理，而其术又不足以维持，实质不存，形式不具，徒以巧诈胜耳。以之与今日文明国法理相较，是犹登培塿而说泰岳，诣河伯而语太平洋

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

也。不伦甚矣”。第四，与其用中国法家即刑名家“残刻”之言，附会新理，不如用礼治家学说，培养国家之基本。第五，所谓礼法问题，专指我国之“礼”与泰西之“法”，而不包含法家诸子。“此与新界法学诸子不同者也。因作法象篇，说明礼治家制作之原理，以为我国研究法理之先驱焉”。

正文第二为“法象”篇。所谓法象，范罕取周易法象莫大乎天地之说。认为世界各国民族，其最初智识发达，莫不由具象以及抽象。“有形谓之具象，无形谓之抽象，具象言物质，抽象言物理。二者实欧洲各种学问经由之径，亦即研究法理者所祖述也”。进而比较古希腊立方体说与中国天圆之说，分别以解“正义”和“用中”等概念。基于中西思想进化“其例同也”，一方面，范罕指出，“先有立方之具象，而后有正义之抽象”，或“圆为具象，中为抽象”，都是“具象演为抽象之证”。另一方面，又以“立方体说”比较“天圆说”。所谓“立方为同等，而浑圆独有一中心，立方为等分，而浑圆各边与中心距离皆等。立方为反复，而浑圆为周环，以法理释之，同等、等分、反复之说，民主、自由之说之所由来也，欧洲之思想也。我国思想则异，是一中心者，喻君主一尊也。各边与中心距离相等者，人人对于主权皆相等也。周环者，政体百变而国体不变也，此其绝异之点也”。进而范罕又言之，法律之说，实以社会秩序为前提。在中国，“借具象以明理。则曰方圆。借方圆之理，以代抽象名辞，则曰规矩，皆以言秩序也”。规之理，中庸用中之说当之。矩之理，大学絜矩之说当之。二者乃六经之奥义。范罕认为，世界最长与最广的秩序，是人类之“递擅”与人格之成立。这一观点与日本鹈泽博士：“人类者纵之秩序，人格者横之秩序”之意相同。从人类相续之性质而言，秩序则有相续与被相续之关系。此亲族法之所由来也。从人类组织之情状而言，秩序所谓身份者，是身份之最大者，则有治者与被治者之关系。此国法之所由来也。然则法学家所称之秩序，与礼治家所言之秩序，初无二致，用中、絜矩之学，即此礼法共同之根本观念也。作用中、絜矩两解以明其理。

正文第三为“礼法”篇。所谓礼法者，乃指我国古代之礼与今日欧洲之法而言，非周秦法家之学。执古说以衡今理，往往失之附会，反之，持新理以蔑古学，亦未免失之疏浅，二者均不足以“尽我国法理之真相”。针对“由礼即法说，势必摈弃一切新法，仍谓六经之言，可

以治今日之中国，由礼非法说，将悉举欧洲各国法律，猝夺吾国民之精神”，范罕指出：今日之纷纷言礼法者，其实既不知礼，又不知法。例如，言“礼即法”，以二者均有维持社会之性质。然而古人之学，并非维持社会之用。而所谓“礼非法”，谓以法之维持社会，必有待于制裁之权力，而礼则不然。然而，周之六官、唐之六典，亦皆由主权者所制定，具有强制执行之力。因此，专以法理最广之义言礼，是谓不知法。昧于主权者之作用，是谓不知礼。另有主张周秦法家之说，更不足取。这是因为，所谓古者，风俗醇，故任人不任法。后世风漓俗变，宜任法而并任人，盖人与法并重。近世法学者，均认之矣。孟子曰，徒善不足以为政，徒法不能以自行，诚知二者之不可偏废也。且法家之所谓法治者，果足以难人治乎？其最强之说，则曰：废势背法而待尧舜，尧舜至乃治，是千世乱而一世治也。抱法处势而待桀纣，桀纣至乃乱，是千世治而一世乱也。故曰：抱法处势则治，背法废势则乱，不为尧舜，亦不为桀纣。基于上述讨论，范罕从以下五个方面详论礼法之区别：

第一是根本之区别。礼者，以人伦为基础者也。法者，以社会为基础者也。第二是主义之区别。所谓礼者，主张仁义者也，法者主张权利者也。第三是制裁之区别。礼之制裁及君主，法之制裁不及君主。古者礼不下庶人，刑不上大夫。自大夫以至君主，皆礼所制裁；庶人易陷于罪，则以刑辅助之。今之皇室典范，其性质与古帝王之礼典同，凡君主之教育、名誉及财产之关系均属之焉。礼不包含刑之性质，故其制裁与法异，然亦未尝无制裁也。由此点则有下之区别。即第四性质之区别。礼者，与刑对立法者，包含刑之性质者也，其理易明，惟礼治家刑之性质。第五渊源之区别。礼与法之渊源形式同，而实质异，前法系篇所论者是。

正文第四为“权义”篇。权利之说，今古各殊。既明异议，不妨同文。各国法学者皆主张权利，而所持之义，则不出于势力、利益、自由等说耳，各守一偏，至今犹纷纷聚讼。日本所目睹者也。范罕举英、德、法权利思想之趋向，以论理法解释之，辨正之，以为我国声称权利者借鉴。他认为，英、德、法三国民各具有特别之性质，故其法律思想亦不同。英尚实利主义，德倾势力主义，法尚理想主义。此三主义，即以代表其国民之思想，亦即可以支配东西各国之法律者也。对此，

范罕归纳说：今之言权利者，即基于此三种主义，牵合附会，以成种种之说，其主要者有二：曰利益说，曰势力说。所谓利益说，即“以利益为权利之实质者也”，尽管此说从“英国霍布斯(Hobbes)倡始，亚当·斯密(Adam smith)继之，边沁集其大成，他国学者雷同附和，不乏其人”。然而，范罕却“不敢从同者也”，并详述了他的反对理由。至于实力说，即“为权利之本质者也”。此说亦聚讼纷纭，范罕“兹皆不取”，“窃尝以谓权利者，非具体之物，而抽象之理也”。所谓抽象，非指宇宙间外界之意象，实人间一切幸福善道，及人类意思与行为之准绳，内界之意象也。

综上，范罕之“法论四篇”，论述的文字并不多，篇幅亦不大，看起来都属于近代法理学的研究领域，但深远处暗示著作者对中国礼法文明的关心。他绝无一句空洞的口号，篇篇都是通过中西法理的比较，契合古今法律沿革发展。其关于法系(法律渊源)、法象(法律秩序)、礼法(礼法区别)、权义(权利义务)的批判、建议、企望和贡献。反映着他在清末法律变革时代对中国法系(法律渊源)、法象(法律秩序)、礼法(礼法区别)、权义(权利义务)的批判、建议、企图和贡献。这种现象在当时是颇为前例的。法学理论的创作批评，总必是具体的微言，但出于斯人斯地，以不离本行的话说出，却有了广泛的大义。而这种现象常发生在历史转折的苦难阶段，产生于特有才具。

范罕就是这样一个有“特有才具”的人。

这是因为，范罕幼承家学，曾“入州学第一”，又留学日本，通新学旧学，博通古今，所以他写的《法论四篇》在今天看来也不陈旧。正如范罕在《蜗牛舍诗》再版自跋中所说：“盖予少不乐为诗，而予之先人独许吾能诗，时予志在新学，又值甲午后国论陡变旁皇歧路，乃不复以兹事为怀。”由此可见，1910 年成书的《法论四篇》，正是自信甚且自负的范罕“志在新学”的一部学术专著。全书以法系、法象、礼法、权义为主题展开议论。因有感近代法律文化尚权竞力之趋势，国难日迫，世变日亟，遂以其浸淫日久的通儒之学，侧于中西法律渊源与法律秩序的演替。古今合一，阐礼法区别之道理，明权利义务之真意。作者言远而意近，有不得已而后起之心志。

以下是范罕创作“法论四篇”的心志表达：

在《法论四篇》自序中，范罕说：“鄙人素习英日两国法律，日事探

讨，漫无归宿，既而摒弃条文，温理旧籍，若有所会。遂不惮冒昧，悉心从事。盖将以区区微志，求教于我国法界诸君，固陋之诮，不敢辞也。”在法象篇结尾处，范罕加按语以明其志，他说《大学》、《中庸》两书至奥之义，即用中、絜矩两语。诸儒解释至此，往往置之不理，以其不便言论也，是皆不知具象演为抽象之理，世界各国学术发源之点，未有能逃此公例者，实非鄙人之臆说。而所谓具象者，又往往出于天算几何等说。盖此种科学乃世界发达最早者也，此篇立论，虽注重义理，然宋以来诸儒泛论，概不援引，一则恐失本篇之旨；二则繁称博喻，反非法理问题矣。近来日人所著中国文明史等书，往往附会最古无稽之说，徒令阅者丧志，是篇力矫此弊，援经定义，不作离奇语，牵合新说，虽属创论，仍平易近人也。但尚有辞拙理晦之处，仓猝不能更易，幸阅者训正之。在权义篇结尾处，范罕又说：“权利之要解有三：一曰利；二曰力；三曰义。夫权利云者，有权力者之利欤。故不得不以权利之实质为利。虽然，权利之利止于义分之利而已，故利非权利之本质，因利以外尚有义之观念存也。故不得曰：权利为利。宁曰：义分之利为权利之利，可也。就力之说论之，权利云者，有权利者遂行事物之力欤，虽然权利之力，非暴力乃义力也，基于正当之权利，始得有此正当之力。故与其云权利为力，不如云义力之力为权利之力之明确也。由此以言，义之性质则一切权利之所基本矣。夫所谓义者，非希腊之正义，乃我国固有之正义也。由此义以制礼，谓之礼义。礼治家所主张者由。由此义以立法，谓之法义。今之法学者尚未有论及此者，此区区所以有兹篇之述也。”

阅读作者“志于新学”的志趣表露，让每一个接触过这本《法论四篇》的读者都留下深刻印象。当我们知晓范罕创作这部作品的时候，正是其身心经历种种苦难磨砺，对法理有自己丰富的经验，深入的体会，加之又有诗人相当超脱的智慧。因此，百年回眸中国法学理论变迁的起点时期，点校并整理范罕之《法论四篇》，以光大百年前中国早期的法理学著述之“法意发凡”，实有特别之意义。

程　波

2011 年 10 月于湖南商学院和园

法论四篇

目录

序言 …… 9
法系(法律渊源) …… 11
法象(法律秩序) …… 24
礼法(礼法区别) …… 33
权义(权利义务) …… 41

序　言

凡法律不备之国，而欲从事于立法事业，则以研究法理为第一要义，此今日学者所同认也。顾所谓法理者，亦非全凭理想，漫无归宿。如欧西纯理学派所云也。一国有一国之特质，斯一国有一国之法理。如英人唱君主主义者也，故英国之特质，即君主思想，而英国之法理，即由此君主思想而演绎之法理。法人唱社会主义者也，故法国之特质，即社会思想，而法国之法理，即由此社会思想而演绎之法理。德人唱国家主义者也，故德国之特质，即国家思想，而德国之法理，即由此国家思想而演绎之法理。各国之历史不同，则其国民思想之趋向亦从而异，而于是法律之基础观念，亦不能不因之而异，此乃及万国进化共由之公例也。由是以言，我国人研究法学，应以何为标准乎？又当何以为基础乎？当法文不备之时，应用解释之法，既无足取，若云学理解释，又不当强执他国学者之说，生吞活剥，以概我国一切之学理者也。然则，吾人研究法学，其不可不先求我国固有之特质，及我国民固有之思想，其理昭然矣。

序言
凡法律不備之國而欲從事於立法事業則以研究法理要義此今日學者所同認也顧所謂法理者亦非全憑理想漫無歸宿如歐西純理學派所云也一國有一國之特質斯一國有一國之法理如英人唱君主主義者也故英國之特質即君主思想而英國之法理即由此君主思想而演繹之法理法人唱社會主義者也故法國之特質即社會思想而法國之法理即由此社會思想而演繹之法理德人唱國家主義者也故德國之特質即國家思想而德國之法理即由此國家思想而演繹之法理各國之歷史不同則其國民思想之趨向亦從而異而於是法律之基礎觀念亦不能不因之而異此乃及萬國進化共由之公例也由是

顾近代东西各国法律既浩繁如彼，而我国之典籍又难通如此，欲

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com