

导 言

—

本书试图重述和评价近代中国民法学中私权理论的研究状况。为此，本书主要从事一种学术史的梳理工作。然而，对民法学研究状况的回顾，应该是多角度的。限于主题与个人能力，这里仅以民法学重要概念为主线索。

以前，有学者已对中国近代法学史的全貌有过刻画^①。在法律史学、刑事诉论法学、犯罪学、婚姻家庭法学、环境法学、经济法学和商法学等方面也形成了一系列的成果^②。另外，法学翻译、法学教育等方面也有了较为成熟的作品。这些研究成果为重塑近代民法学提供了条件。但是，作为近代法学的重要门类，民法学迄今未受到认真的对待。

按照最初的设想，应该重塑和综评中国近代民法学，因此，原先的框架中，除了民法学的研究状况外，至少还包括了与其相关的民事立法和司法两个方面。现在看来，离这一目标还有很大的距离，因此，本书只是一个阶段的、局部的总结。

近代三次民事立法活动都极大地促进了学说研究的热情和研究深度，并取得了一系列的成果。同时，由于立法的关系，清末和民国初期展开了两次全国范围内的民事习惯调查。其中，民国初期的民事习

李贵连：《二十世纪初期的中国法学》，载《二十世纪的中国法学》，北京大学出版社 1998 年初版。

参看李贵连主编：《二十世纪的中国法学》，北京大学出版社 1998 年初版。

王健：《沟通两个世界的法律意义——晚清西方法的输入与法律新词初探》，中国政法大学出版社 2001 年初版。

汤能松等编著：《探索的轨迹——中国法律教育史略》，法律出版社 1995 年初版；王健：《中国近代的法律教育》，中国政法大学出版社 2001 年初版。

惯调查成果，已经重新点校出版^①。胡旭晟先生又以“20世纪前期中国之民商事习惯调查及其意义”一文，作为再版的序言，综述了两次民事习惯调查的始末和意义。这些材料和论文，为研究近代民事习惯调查活动提供了基础。尽管如此，但要再现当时的情况仍有很大困难。一方面清末民事习惯调查录及相关资料已经散佚，调查成果、地方各级调查机构与活动安排无从得知。另一方面，民国初年，尽管政府尚未恢复调查活动，民间协会却在一些省、地区组织了习惯调查。但是，关于这些活动的资料仍很零散，不足以构成完整的画面。从而使得民事习惯调查对近代中国民法学研究的意义，暂不能获得全面的评估。这一部分内容也终于没有放进本文。

立法的状况最终也没有放进本文。这是因为，民法学史与民法史虽然密切关联，但仍有着清晰的界线。在各自的领域尚不清晰之前，很难对二者之间的关系进行讨论。

关于近代民法史的研究，学界已经形成较为系统的成果。其中，台湾学者潘维和先生系统地介绍了《大清民律草案》、《民国民律草案》和《民国民法典》的立法状况，并作了章节、条文变动情况的对比研究，还对三者的意义做出了总评^②。至于大陆学界，对此也有较为全面的评述。近年来，在近代民法对西法的移植、对固有法的吸收以及修订背景与传承关系等方面都有新的研究。这样，近代中国民事立法的经过、背景、源流等情况已经较为清楚。

实际上，从《大清民律草案》经过《民国民律草案》最后到《民国民法典》，三者之间有着明显的传承关系。其中直接的证据就是，《民

《民事习惯调查报告录》，前南京国民政府司法行政部编，胡旭晟、夏新华、李交发点校，中国政法大学出版社2000年初版。

潘维和：《中国近代民法史》（台北）汉林出版社1982年初版。

叶孝信主编：《中国民法史》，上海人民出版社1993年初版。

王立民：《清末中国从日本民法中吸取德国民法》，载《法学》1997年1期；李超：《近代民事立法对固有民法资源的吸收与整合》，载《中央政法管理干部学院学报》2001年4期；房绍坤：《中国民法的历史、现状与未来》，载《山东法学》1997年6期；陈传法、李素贞、宋保仁：《“民国民法”的价值观与中国传统价值观的差异》，载《河北法学》2000年6期等等。

⑤ 拙文：《大清民律草案考析》，载《南京大学法律评论》1998年春季号；《中华民国暂行民律草案》，载《民商法论丛》2000年第2卷。

《民法典》使用的条文解释理由，就是《大清民律草案》的立法理由书。至于两个草案和一个民法典的出台，其立法动机都带有明显的功利性。其中，《大清民律草案》和《民国民律草案》的修订旨在收回领事裁判权。《民法典》的修订既为了收回领事裁判权，又因为一个新生的全国政府需要装点。换言之，政治力量对这三个文件的出台起到了至关重要的作用。

这样背景下出台的民法典，其条文和理论很可能是当时最新颖的。但是，由于没有得到宪政体制和社会心理的支持，其保障私权的作用，以及与社会习惯相契合的程度，在民国年间就已受到学者质疑。

今天，由于制定民法典的现实需求，导致了过分强调近代修订民法典的意义。但不得不提醒的是，民法典的制定并不如想像的那样重要。这样说并不是反对修订民法典，而是说修订民法典只是私权有可能得到良好保障的基础条件，也只是民法学研究获得更大突破的基础条件。一旦民法典制定之后，人们会发现民法典是否能发挥保障私权的作用，仍是有待观察的事情。并且，民法典必将成为相对固定的文本。而关于它的解释却会飞速发展，并将文本本身远远地抛在后面。民法典的条文只有在面对各种事件，通过学理解释，在司法中发挥出效力后，才能最终成为有生命力的条文。也惟如此，民法典才能

传世的《大清民律草案》及其立法理由书，最早见于1912年的各种“中华民国暂行民律草案”印本中。详见拙文：《中华民国暂行民律草案》载《民商法论丛》2000年第2卷。然而，有学者如田涛先生，曾私下多次怀疑过该印本内容的真实性。特别是，公布于辛亥革命之后的《大清民律草案》后二编及其立法理由书，在未见立法机构的原本之前，确可存疑。但是，在没有新的发现之前，本文对近代民法的传承关系的叙述，仍以传世文本为依据。

② 对《民法典》的出台背景，学界以前讨论不足。实际上，南京政府成立后，民法提上日程，仍是围绕收回领事裁判权。立法院在第三次全国代表大会上作的工作报告，其中的“立法计划”谈道：“且近世交通频繁，国内的社会生活俨然成国际的社会生活，有完善之法规，无以为撤销不平等条约之准备。现在所缔结中比、中丹、中西、中意各商约，以十九年（即1930年）一月一日或是日以前颁布民商法以为撤销领事裁判权之条件。即为安全社会生活计，为撤销不平等条约计，民法之起草尤不容缓也。兹于十七年十二月十九日由中央执行委员会政治会议颁到民法总则立法原则，当经依据原则指定委员傅秉常、史尚宽、焦易堂、林彬、郑毓秀从事起草。……”这说明，由于与各国条约中规定，领事裁判权的撤销以1930年1月1日以前颁布民商法为条件。所以，《民法典》得以迅速出台。

植根于民族社会，从而成为一部受到尊重和回应的法。换言之，民法典的生命在于真诚的学术研究和司法实践，在于独立的司法系统和完善的宪政体制。中国的私权保障事业绝不会因为一部民法典的出台而大功告成。相反，“千里之行，始于足下。”民法典的制定正是“足下”之始。

认识到这一点就会发现，近代民法给我们更大的启示，并不在于民法典或民法草案本身，而在于这些草案或法典在形成前后，都给学术研究带来了什么样的变化；在司法中，它们获得了怎样的学说解释，从而受到社会的理解或误解；对于私权的制度保障，它们究竟做出了什么样的贡献；等等。

还应看到，以前关于近代民事立法的研究，已经为深入思考民事立法的意义提供了基础，使得新的研究不能再满足于对民事立法做现象上的描述，而是必须探寻立法活动在关联中的意义。这也是本文不再把民事立法放在研究的中心，而是作为理解近代民法学研究的一种背景知识加以利用的原因。

但是，关于近代民事司法的内容不能系统地置入本文，则实在是由于客观条件限制。对近代民事司法的研究，大陆学界非常薄弱，只是在民国初期的法院功能方面有过一些成果^①。在此期间，对民国初期的司法状况做出系统研究，并取得丰硕成果的是台湾学者黄源盛先生。他依托中国第二历史档案馆（南京）收藏的大理院、行政院的全宗档案，对民初最高司法机关的建制、人员、运作状况，以及刑事、民事司法中的理论解释情况，做了较为全面的研究。这些研究终于为人们了解民初的司法状况提供了机会。但是，民国中后期的民事司法，仍然缺乏可以利用的主体资料。另外，由于第二历史档案馆的管理方式，使得大理院档案极难接近。而保存在黄源盛先生那里的副本的整理、点校尚须时日。所以，关于近代以来的民事司法状况研究，已

张生：《民国初期的大理院：最高司法机关兼行民事立法职能》载《政法》1998年第6期。这一论文是张生先生博士论文的一部分，参考张生《民国初期民法的化》中国政法大学出版社2002年初版。

② 黄源盛：《民初法律变迁与裁判（1912—1928）》，（台北）政治大学法学丛书编委会2000年初版。

不得不俟他日。尽管如此，本文仍采用了多起案例，引证学说的发展历程。其中，涉及到的大理院判决例全文，端赖黄源盛先生的慷慨帮助。

总之，鉴于以上种种原因，关于近代民法学的梳理被限制在一个极为狭小的空间中。那就是，只对民法学的理论研究方面做出回顾，立法和司法以及民事习惯调查，除非直接关联都被排除在外。因此，本文以民法学著作和法学刊物中的民法学论文为主体资料。通过这些资料，可以对研究进度和主流观点有一个大致的了解。而这些资料与民法草案和民法典，以及部分民事判决书结合起来，则可以对理论与实践之间的互动关系有一个粗略的印象。然而，即使范围缩小到这样狭窄的地步，仍是个人力量难以完成的。

二

按潘德克顿体系 民法学被分为总则、物权、债、亲属和继承五个部分。实际上，这个分类抽象地概括了人类物质生活的各个方面。如果以个人为中心，按照这一体系的内在要求，可以将其理解为两个方面：

一是以人格权保护为核心的内容。这一内容，现在暂时放在大多数国家民法典的总则部分。但可以预见，随着人格权保护的日益发展，以及其具有与财产权相区别的性质，这部分内容将因不断充实而成为可以与财产权平等对立的庞大体系。

二是以财产权保护为核心的内容。这部分内容又因事实关系的不同而区分为：因血缘纽带而形成的家庭和亲属关系中的财产权保护，与因非血缘纽带而形成的一般人际关系间的财产权保护。前者集中体现在亲属法和继承法部分；后者则集中体现在物权法和债法部分。

因此，学习民法，不仅仅要求理解其中的条文和相关理论，更重要的是要求有着透过条文理解人类生活和民族社会的能力与经验。换言之，对民法学的理解必须立基于对整个人类的认识，包括对人的自然属性和社会属性、风俗习惯和社会制度，等等。就笔者本人而言，

越是在论文接近完成，越是感到这一体系的博大精深与错综复杂。感到这一体系看似平铺直叙，实则牵一发而动全身。事实上，单独地观察某一民法制度可能是清晰的，但是，当这一制度被置于整个民法系统中，它的地位和功能却往往模糊起来，那种对该制度把握上的自信也渐渐被摧毁。而如果再将其放在更大的宪政背景或政治体制下观察，或将其还原到民族社会的生活中去认识，可能会发现自己从来没有理解过这一制度。

这一事实，使人想起民国时期一位著名的民法学家刘志馥先生。从 20 世纪 20 年代起 刘志馥先生就开始在朝阳学院、北京大学等处讲授和研究民法学，对总则、物权法、债法中许多制度皆有独到的研究。北京大学法学院图书馆现仍藏有依据他的讲述编辑的债法和物权法教材。他的其他关于民法学的研究论文 散见于《法律评论》等法学刊物中。然而 毕一生之功 刘志馥先生在财产法领域竟只出版了半部关于物权法的专著，下册本来要写担保物权却终未完成。比起大多数著作等身的民法学家来说，刘志馥先生算是成果稀少了，但是，这丝毫不影响后人对他的尊重。对比一下他的教材可以发现，一些观点在专著中修正了，但却绝不求新和求全；从通则到具体制度的讲述 丝丝入扣 衔接紧密 对每一问题 必前后引证 而又言简意赅；全书务求一个“通”字 这个“通”字 没有十余年的讲学功力和反复研求是不可想像的。就是这本著作，体现着一种珍贵的学术品格。那就是 在法学研究中 既不媚俗与媚雅 亦不喜新与崇古 对理论和对应的真实世界必深思而详求；对知识和经验始终保持相当的敬畏。正是有了这种学术品格，才支撑得住只写半部书的一生。正是有了这种学术品格，该书从宏观叙事到细枝末节无不贯穿着个人的理解与智慧，它可能并不完美，却一定独特并不可替代，从而是作为艺术品而存在。事实上，这部风格朴实的著作至今仍是民法学学术史中的珍品之一。

以刘志馥先生一生心力及对民法的深刻理解，横跨物权法与债法仍觉勉强，纵贯物权法尚且犹豫。而以我之钝钝却要通议民法学，

何等造次。不过，从小处着手为来者铺垫，也未可知。所以，本文只论私权及其规则。

这里，有必要交代私权及其规则与民法的关系。民法从性质上区分可以分成两种规则：一种是私权规则，一种是非私权规则即纯规则。后者包括失踪制度、法人制度、时效制度、代理制度等等。纯规则并非与私权规则毫无关联，只是可以脱离私权单独地讨论，且不在直接的因果关系上关联。由于纯规则本身是从各种私权规则中概括地获得，所以，这类规则的变动，也必然影响到私权的保护现状。不过，相对于各种私权规则而言，纯规则对于私权的影响是间接的。本文选择私权及其规则为研究对象，并非暗示纯规则的研究是次要的。而是出于这样一些原因：一方面，是能力与条件的限制，不能兼顾；另一方面，关于私权规则的分析，必然地包括规则的结构分析和价值判断两个层次，从这一意义出发，私权规则或能更好地体现民法的特征。

换言之，由于私权及其规则的存在，民法已不可能仅仅是规则的集合体。价值判断在民法体系中变得不可避免。但是，一直存在这样一种企图，那就是，试图将民法解释成可以自我证成、内部圆满的体系。这一体系可以无视外部世界的变化，通过体系自身的逻辑推演，就可以解释和解决可能的事件。这种理解，虽然具有一定的合理性，但并不平和。

以法定物权为核心建构起来的近代民法体系，只是近两百多年的事情，在此之前，私人权益是在契约信用或民事习惯中获得确认。因此，在此之前私人权益是相对的。私人权益即使在有民事习惯的情况下，仍然更多的是协商讨论的结果，也就是说，是竞合的结果。近代民法典的意义之一，就是将特征上类似并可归纳的、重要的权利种类通过法典固定下来。这些在民法典中固定下来的权利，包括所有权、用益物权、担保物权、继承权等，构成了今后私权研究的主要对象。而更多的缺乏观察和有待发展的权益，仍然交付当事人通过协商去确认，国家只能通过债法的形式，将协商结果用债权、债务等概念固定下来。但是，即使如此，各国民法典根据不同民族社会的习惯，仍然在物权种类方面各有特色。在身份权及其规则方面更是千差万别。这一现象与物权或身份权一旦得到民法典的确认后，内部结构呈现相

对稳定的现象形成有趣的对比。

换言之，所谓逻辑演绎的功能，只是种类私权通过法典得到确认后才是相对有效的。但是即使如此，在种类私权及其规则中，仍然避免不了价值判断。私权规则是对私权关系中当事人的权利义务进行平衡。而法律上的私权关系，只是以事实上的关系为成立的基础。一旦成为规则，当然就平等地对待进入规则系统的任何个人。但是，规则本身的确立，仍然必须对事实关系中作为类的当事者的权利义务分配有所考量。以土地所有权人与相邻关系人之间的关系为例。在现实生活中，每个人都可能既以土地所有权人的身份，又以相邻关系人的身份进入这一所有权关系，即进入某一特定私权关系的当事者是不特定的。但规则设计之初，仍然存在着在两种概括的、类的当事者之间，寻求一种权利义务分配达致平衡的考虑，即不能让“土地所有权人”和“相邻关系人”承担过多的义务或享受过多的权益。这种将当事者利益置于关系中比较、竞合或平衡的过程，就是价值判断的过程。

种类私权的规则避免不了价值判断，债法更是如此。债法必须在人类社会中保证相对统一，这是因为：惟有保持该规则体系的相对统一，才能给予进入债的关系中的个人以稳定的预期和安全感。因此，债法，特别是契约法，需要适用自由与适法相结合的原则，从而为参与者留出必要的意思空间。同时，又必须以债务强制履行为原则，以保证安全的达成。这样，表面上债法以相对统一和价值真空的形式，保证了一切利益进入，并使这些利益能够在债法的框架内，通过协商而转化为债权债务固定下来。这时候，债法就像一个中立的转换器，只是为参与者提供协商的空间。然而，实际上作为类的当事者双方，即债权人和债务人之间，债法仍然无时无刻不在通过价值判断来分配二者的权利义务。这只要想想各种给付不能的情况就可以理解了。究竟是免除给付不能的债务人的义务，还是让他/她承担部分义务，或者让债务人承担起全部责任，各国民法或民法学说都会因不同情况而拿出不同的分配方案。这些方案仍然是根据习惯、道德、经济地位或其他社会评价标准，基于类的当事者的利益在特定境遇下综合判断而成。

换言之，通过证明私权规则的成立以价值判断为基础，可以进而形成一个关于民法的基本认识：价值判断是民法成立的重要基础之一。这一命题也可以表达为，民法中的价值判断是不可避免的。而由于这一判断不但适用于民事立法，也当然地适用于民事司法，所以，不但是民法学家，而且在民事司法中法官所持的价值判断，也是不可回避的问题。特别是，当案件将要适用的规则在价值判断上并不清晰时，法官的立场往往会演变成决定某种裁判结果的直接因素。当然，这里的论述仅指出那种将民法纯粹化企图的谬误，并不旨在得出任何价值判断具有优越性的结论。

私权及其规则的特征以及与民法的关系，大致已如上述。正是基于这些认识，本文选择私权的研究作为切入点，去观察近代民法学的研究动态。所要阐释的也就不仅仅是近代民法建构方面的成果，同时会关注民法学中的价值判断对民法或民事司法的影响。

但是，另一个难题是民法学中的私权，以标的为准可分身份权、人格权和财产权等，以功能为准可分支配权、请求权、抗辩权、形成权等。如果泛泛而论私权，必将使研究内容涉及到民法学的各个部分。而这是个人的力量几乎无法完成的。因此，笔者不得不将论述对象限制在财产权和人格权方面，以求以点带面。如果本书最终流于有点无面，甚至挂一漏万，则是在所难免的了。

三

在进入近代民法学的研究之前，还有必要交代关于“古代中国有无民法”和与此相关的“民法现代化”问题。关于前一问题的争论及其评价，笔者已有专文讨论^①。需要进一步指出的是，一直以来，人们都在笼统地谈论规则与规则之学，正如笼统地谈论规则与权利。实际上，“民法”与“民法学”并非如字面所显示那样有着紧密的联系。民法是一种规则体系；而民法学则是各种方法论、价值判断和解释学说的总和。两者之间，性质迥异。

^① 拙文《关于“古代中国有无民法”问题的再思考》载《现代法学》2001年第6期。

民法是一种规则体系，这其实是讨论这个概念时首先应该注意的。所谓“体系”就不再是自然排列的结果，而是贯穿了一种关于规则之间的统一特征的概括的认识。当人们认识到各种民事规则中有了一种共同的特征，并把它们按照这种特征排列在一起的时候，这些民事规则就不再单独地存在，而是一个系统中的部分。准确地说这些规则具有了一种类的属性。并不否认，中国古代存在着许多民事规则，这只要看看《唐令拾遗》、《名公书判清明集》就可得出结论。但是这种所谓的“民事规则”是单独的关于某一民事关系的规则，它们散落在各种古代法令或文献中，自始至终没有出现一种将它们归纳起来的工作。因此，它们也从来就不具备“民法”这一类的属性。

然而，在古罗马社会，却出现了那种归纳并排列的工作。当这种工作出现时，已经意味着人们在不同的民事关系，如婚姻、继承、租佃、借贷之间找到了共同的特征。并且，关于这一特征的认识已经清晰到足以把那些以杂多的方式存在着的散乱规则统摄起来的地步。所以我们说民法是理性建构的产物，而不是自然的产物。事实上，在看上去没有必然关联的民事规则中抽象出一个共同的特征，并根据这一特征把散乱的民事规则排列起来，这个工作本身已经蕴涵着一种深刻的思想，这就是“公”和“私”对立而平等的思想。它意味着“私域”、“私利”在大写的“公”字面前，具有了不证自明的正当性。同时，这种“公域”与“私域”分立和对立的认识，又是古希腊以来关于国家与市民社会这个二元对立格局的抽象体现。正是在这一意义上，我们说古罗马法深受古希腊哲学的影响。

所以，当我们说唐令或宋敕中某个关于契约的条款是“民法”时，不但是把作为个体的规则与类的概念混淆在了一起，而且是将那一规则从不具有的类的属性强加在它的上面。如果这种强加的意义成立，那么就不仅仅是找出一些民事规则的问题，而是要从社会史、思想史和学术史三个方面，找出国家与市民社会分离的事实，“公”、“私”对立而平等的思想，以及根据这一思想对民事规则展开的整理、排列甚至编纂的工作。遗憾的是，中国古代是否存在国家与市民社会相分离一直是个可疑的命题，或许该命题就像古代中国有无民法一样，属于概念定义不清晰导致的纠缠。因此，即使获证也不过是一种

循环论证。“公”“私”对立而平等的思想或许有过，却从来没有在古代中国思想界成为主流的声音。至于在这种思想的引导下对民事规则进行整理，则更是闻所未闻了。

总之，在国家法层面上，中国古代曾经出现过一些民事规则，但从来没有被整理、归纳、分析和编纂。换言之，没有在此基础上产生一种对其进行研究的方法论和一套解释的学说，也就无所谓一种可以谓之“民法”或“私法”的属性。

因此，或许与近代中国刑法学不同，近代刑法学与古代中国律学是有着某种传承关系的。而民法作为一个全新于中国传统社会的规则体系，民法学则作为一个全新于中国传统知识学的学说体系，是于晚清时期方才传入中国。这套规则和知识体系与其他近代意义的部门法和部门法学及法理学一起，构成一个更大的规则和知识体系，即近代法和近代法学，从而替代而我更愿意使用“覆盖”一词了中国古代律例和律学。

将以上认识作为基础，可以发现，学界一直存在的所谓“民法现代化”的口号是一种极不准确的说法。所谓“民法现代化”中的“民法”究竟是指“民法”还是“民法学”？如果仅指“民法”，那么中国古代无所谓民法，也不存在古代民法体系需要“现代化”。而清末以来直到今天，各种民法文献，无论其宗旨是哪一种主义，都一定是现代性的文本。从这一意义上说，民法或许需要“后现代化”、“本土化”或者别的什么“化”，却无须“现代化”。而“民法现代化”口号中的“民法”，如果是指“民法学”，那么学术研究不是需要“现代化”，而是深化和细化的问题。

换言之，指出这种口号的不准确，并不仅仅为了钻牛角尖，而是这一口号表达了当下普遍认同的一种提问方式，这种提问方式暗示着一种解决方案的提出。由于这一提问方式是模糊的，因而它并没有切入问题的要害，反而使围绕这一提问的讨论均被锁定在一个狭小的空间里，从而使得中国民法和民法学所面临的艰巨任务简单化了。

实际上，“民法现代化”是从“法律现代化”课题中引申而出。将“法律”作为一个体系，在中国的语境下讨论其现代化问题是可能的。这是因为，中国的确存在过一个从价值判断到方法论，都有别于现代

法的古代法体系。这一体系的产生及被它反向规定的社会环境，都面临着‘现代化’的课题。但是这并不意味着‘法律现代化’下的任何子课题都可以用‘现代化’的思路进行置换。具体而言，正如刑法和民法有着不同的传统背景和各自的困惑，每个部门法和部门法学，司法领域，以及法理学、法哲学等，都会面临各自独特的制约、困境和责任，因此也会有着各自不同的用力方向。“法律现代化”只是在各子系统之间的紧张关系不断缓解并整合之后才相对地达成。

因此，只有承认以下条件，“民法现代化”的讨论才是可以理解的：首先，承认当下的民法体系和民法学研究中，主流价值观虽然披着现代性的外衣，实质却停留在前现代时期；其次，承认方法论层面，科学的、分析的现代法学方法虽然有所讨论，但却并不真正成为实践和研究中的主要方法；最后，还应承认“民法”是一个庞大的、动态的系统，这一系统既包括成文法、民法学研究，还应包括相对成熟的市民社会，熟悉私权和乐于利用民法的心理基础，以及能够维护民法良好运作的司法机构、程序规则和宪政机制。而这一切都有一个需要长远发展的过程。

换言之，一个好的民法典，一个价值观相对统一的民法学研究共同体以及成熟的研究方法，只是“民法现代化”的必要条件。更重要的是，一切保障民法正常运作的外部环境都面临着现代化，否则“民法现代化”无从讨论。

由于缺少一部民法典，当下关于“民法现代化”的问题已经被“民法法典化”的争论完全取代了。因此，不得不提醒的是，民法典的出台，取决于学术研究、社会心理环境和政治权力三方面的结合。即使当下中国拥有了自己的民法典，对于“民法现代化”的目标来说也还相距遥远。否则，中国的“民法现代化”早在 20 世纪 30 年代即在《民法典》出台时就完成了。

总之，民法学和民法典是中国的法律现代化中重要环节之一，但它绝不是所有的环节。回顾近代中国民法典修订和民法学研究状况，便能深刻地体会到这一点。不过，本文只是就近代中国民法学的理论发展进行梳理，行文中必定顾一点而不及其他。所以，民法学与民法典，以及与整个中国法学和法律现代化的关系，在此不得不先予交代。

四

最后，对中国民法学的移植、传承与发展的近代场景作一个简单的陈述。

对中国民法学来说，古罗马法和近代西方民法学就像两座巨大的雪山，丰富的水源从那里源源不断地输送过来。若仔细探索，在 1880 年以前的西方译书中已能找到罗马法^①和近代民法的影子，它们像暗河一样在思想的地底穿行。

1880 年，同文馆法语教习毕利干翻译的《法国律例·民律》是一个能够在地面上观察到的源头；据 1897 年的《湖南时务学堂学约》和学堂课程表反应，《法国律例》是当时必读的科目^②。这说明，虽然谈不上研究，但《法国律例》为 20 世纪以前的中国知识界提供了一个接近民法学的机会。《法国律例·民律》其实就是后来人们说的法国民法典，或拿破仑法典。“民律”这个古色古香的词语，在往后很多年里，仍然是人们理解民法和民法学的重要中介。而这一译本也为以后的民法学翻译奠定了基础。

时间推移至 20 世纪初期，收回领事裁判权和立宪运动促成了一场大规模的移植西方法学的活动。日本民法学在这一背景下也进入中国。从《译书汇编》的简单而全面的介绍到翻译富井政章、梅谦次郎等日本民法学家的专著；从留日学生的民法学笔记到松冈义正的讲义；从组织修订民律到全国民事习惯调查。如果说 20 世纪以前的源头处还是一条清澈细小的溪流，那么 20 世纪初日本民法学的汇入则使它陡然显现大河气象。

当然，并非只有留日学生对近代民法学移植做出了贡献，留学其他国家法政学生无不投身于这场移植活动中。例如，留学法国的陈篆翻译了《法国民法典》，留学德国的马德润翻译了《德国民法典》。换

罗马法在近代中国的传播和研究情况，留待另文讨论。

转引自李贵连：《二十世纪初期的中国法学》，载《二十世纪的中国法学》，李贵连主编，北京大学出版社 1998 年第 1 版，第 38—40 页。

言之，是留学生的共同努力才把那么多民法学研究素材，在短短的清末十年里带进了中国。观察这十年，你会听到丰盈的河水在狭窄河道中翻滚的声音。

这十年也是孕育的时期。它的结晶就是《大清民律草案》。《大清民律草案》不仅是松冈义正一人之功，也是中国第一代民法学者共同努力的成果。正是这批学者完成了一批外国民法典的翻译工作，完成了民法学汉语词汇的定型工作，完成了一批罗马法、西方民法学著作或教科书的编译或翻译工作，从而为近代中国民法学打造了一个学科基础平台。

最近几年 虽然学术界从法学翻译、法学教育、法学书籍、法政词汇^③等角度，对清末法学作了描述，然而，近代法学者的面貌却被忽略了。显然 光有各种民法学译著、法政学校的民法教材 以及民法学词汇仍是不够的。要清楚地观察到这条大河的全貌，还必须依靠那些文本和概念的创造者，也就是那些民法学者。只有通过他们，才能真正走进近代民法学这条生动的河流里，并在里面真切地感受那些言说与沉默。并且，作为承惠于这些前辈学者的后代，记住他们的名字是我们的义务。

如果回到民国初期立刻会发现，不但法政学校的民法教科书在忠实地按照《大清民律草案》的体例 依次解释着草案中的条文 法政学生嘴里念叨的民法专业词汇也都是草案中的词汇；各个大学法学院、法政专校里的教员仍以清末留日生居多。而且在司法机关里，1922年的调查显示，大理院推事 43 人中有 40 人是留日，2 人是留学欧美，只有一人专研旧律。事实上，大理院的民事判决书一直复述和

相关内容，可以参考拙文《清末民法学的输入与传播》，载《法学研究》2000年第6期；以及《近代中国法学语词的形成与发展》，载《中西法律传统》，中国政法大学出版社2001年版。

田涛、李祝环：《清末翻译外国法学书籍评述》载《中外法学》2000年第3期。

熊月之：《晚清几个政治词汇的翻译与使用》，载《史林》1999年第1期；李贵连：《话说“权利”》载《北大法律评论》第1卷第1期。方维规：《东西洋考“自主之理”》载《中外法学》2000年第3期。方流芳：《公司词义考》载《中外法学》2000年第3期。

此部分及本文涉及的近代法学人物，均收入附录₁。文中不一一注释。附录未收入者，则须进一步核实。

阐释着清末时期翻译过来的民法学著作或讲义中的学理；再看立法机关，其名字从法律编查馆换成了修订法律馆，但馆员的名字没多大变化。1923 年，修订法律馆馆长江庸辞职，牵动了除李圻以外所有馆员辞职，这算是建馆以来最大的变故了。但换上的马德润、高种、戴修瓚等人，还是留学大陆法系国家的学生。

重要的是，如果对照民国初期修订法律馆馆员名录、大理院推事名录^①和朝阳学院教员录^②就会发现，许多人名会同时出入于三处，或至少出入于两处。如以公认的民法学专家为例，就有王宠惠、余荣昌、朱学曾、石志泉、朱献文、高种、林志钧、林鼎章、陈瑾昆、刘含章等等。

再以 1927 年成立的司法储材馆为例。该馆前身为司法讲习所，专门培养充实各级审判厅的法官。除梁启超挂名馆长外，教员仍然多是立法或司法界人物。如王宠惠讲授中外成案，石志泉讲授民事诉讼法，余荣昌讲授民法总则、亲属、继承，林志钧等讲授日文，何基鸿等讲授民法债权，郁华讲授刑法。

事实上，不光是朝阳学院、司法储材馆，包括北京大学、中国大学等法律系和北京法学会等研究机构，在北京形成了一个庞大的法学研究和教学共同体；而中央一级的法律机构，包括修订法律馆、大理院、司法部等，也形成了一个法律实践共同体。这两个共同体无论在知识上还是人员上都是共享的。因此，这两个共同体只是因为机构设置不同而加以区分。如果排除一些个人恩怨或派系摩擦，以知识结构、个人经历、专业信念等为标准，所有这些人均可视作一个紧密关联的法学共同体。以这个法学共同体为核心向外发散，在全国范围内，包括京师、京外各地审、检厅和京外各省、地的法政学堂，要么是同学，要么以师生的关系，构成一个全国性的法学共同体。这个共同体的领军人物是王宠惠、江庸、余荣昌等人。在共同体内部，平时则互通声气，这只要看看《法律评论》每年岁末时登出的从各法政学校、各

参看黄源盛：《民初法律变迁与裁判（1912—1928）》，台北政治大学法学丛书，2000年初版，第40—56页。

《朝阳学院概览》，《前任教员姓名略历》，朝阳学院，1933年。

大律师事务所、各级审、检厅联名发来的亲切问候就知道。有事则相为奥援，这只要看看洪述祖案中大理院和上海地审厅的行动，看看罗文干案中全国法律界一边倒的态度也就清楚了。

一句话，民国初期，尽管诸侯割据、战乱频仍，但就法学界而言，却是空前地统一。这种统一，不但是知识结构，还包括在宪政、法治、权利、司法独立等等信念上的统一。

正是从这一意义上说，清王朝的灭亡，以及意识形态的转换，对民法学的传播并没有形成障碍。知识谱系的延续，尽管频频受到政治力量的牵引、干扰、阻碍甚至切断，但毕竟还是两条相对独立的河流。法学，尽管更容易受到政治的影响，但在学术独立的特征上，仍不例外。事实上，《大清民律草案》虽然未能施行，但是参与修订这一草案的人，皆任事于民国初期的法学界或法律实务界。作为对中国法学和民法学研究有巨大贡献的第一代学者，他们地位崇高，受人尊重。他们中，最年轻也出生于 1885 年以前；到 20 世纪 20 年代中期，均在 40 岁以上，正值年富力强。像董康出生于 1867 年，算是偏大的。但他本是刑部司员的背景，有律学功底，中年赴日，专攻刑法学，是从沈家本那一代律学家往现代法学过渡的代表人物之一。可以说，整个 20 世纪前二十年的法学界，是他们这一辈人的时代。第三个十年，即大约在 1920 年至 1930 年间，则是他们向陈瑾昆、戴修瓚、刘志敏等第二代学者交班的时代，也是第二代法学者慢慢登上学术前台的时代，故是两代人同台演出的时代。

近代法学第一代学者，无论是前面已经提到的王宠惠、江庸、朱学曾、高种、朱献文、石志泉、林志钧等，还是没有提到的如白鹏飞、陈承泽、汪荣宝、陈汉第、程树德、但焘、董鸿祯、黄炳言、稽镜、林桢、刘崇佑、卢弼、潘昌煦、汪有龄、杨廷栋、姚震、叶夏声、张孝移、张一鹏、郑天锡、朱深等，都有一些共通的经历和特点。比如，小时受过童蒙，大部分中过举人，甚至是进士，有深厚的国学根底。至于汪荣宝，父叔凤瀛、凤藻，皆一时名士，可谓家学渊源。所以，这一代学者对学问的态度尚不功利，不厚此薄彼。大多数人进入老年，抱负不得伸时，均能退而“游于艺”。又大多是青少年留洋，兼通西学。因修习法政，于民主、自由等耳闻目染。故青年时代往往思想新锐，抱负广大。回国以

后 面对河山破碎、国辱深重 无不以拯世济民为己任。然而，推崇法治，政治立场保守；同情革命但不参与革命，在民初政治格局中地位不算显耀。又逢政治黑暗 所学所为与信念 每每因现实而受挫 迈入中年，慷慨激情渐渐平息。对他们来说，能为国家重新修订一批现代法典固然大好 但更重要的是学问的延续、人才的培养 以及独立的声音。因此 他们的一生 虽然有很多时间在参与和讨论修律 但又极重视教育和司法实践。这只要看看他们对朝阳学院的支持，和一丝不苟、法式谨严的大理院判决书，就能得出的印象。

第二代法学者，基本上出生于 1885 年以后至 1895 年以前。如公法学方面的王世杰，刑法学方面的罗文干、夏勤，民法学方面的陈瑾昆、戴修瓚、刘志敷、宁柏青、应时等。他们均未逢清末修律之盛 但或是法政学校高材生 或有留学背景。如王世杰 毕业于北洋大学 后获得巴黎大学法学博士 罗文干 牛津大学法律硕士 陈瑾昆、刘志敷则是日本东京帝国大学法学士，戴修瓚是日本中央大学法学士；等等。这一批学者，西学功底深厚，在法学研究上已形成独到见解并有自己的专攻方向 到 20 世纪 10 年代后期 或最迟 20 年代中期 已经凭着扎实的基本功，在学界崭露头角。最早的如罗文干，因有前清法科进士和英国法学硕士背景，1911 年已名扬天下 而且身兼要职 直可与上一代平辈论交。此乃时势造英雄 当为例外。这一代学者 是 30 年代民法学繁荣期的主导者，学术生命一直延续到 40 年代以后。

从 20 世纪初到 20 年代末 不到 30 年的时间里 中国近代法学的两代学者，共同营造了一个相对独立，充满宽松、进取和合作气氛，横跨法学和法律实务两界的法学共同体。在这个共同体中，同辈之间，前辈与后辈之间，以个人修养与司法操守互相推重，以学问互为砥砺的情景屡屡可见。其风范让来者追思不已。这两代人以及他们所营造的共同体格局 到 20 世纪 20 年代末，因北洋军阀政府的终结而终结。换言之，随着北洋政府这个丑恶政府终结的，却是中国近代法的黄金时代。

从此 宪政的理想 被寡头政治的现实所代替。国民党的“党治”代替了司法独立。那个横跨学术界和实务界的法律共同体分崩离析了。南方的人接管了北京各个司法机构。在北洋政府时期，通过了司