



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



点校者简介

程波 中国人民大学法学博士，现任湖南商学院法学教授，全国外国法制史研究会理事。

主要研究领域：法理学、西方法律思想史、法律电影与美国法律文化等，其中特别关注西方法治思想和制度演进的历史，涉及法治理论、司法制度、法律文化等方面。

主要代表作：《西方法律思想史——法治源流》（专著）、《论美国对抗性宪政文化及其在20世纪的发展变革》、《创造接受法治思想的舆论环境》、《〈新译日本法规大全〉与晚清新政》等论文。主持课题：教育部人文社会科学课题《中国近代法理学的形成发展（1895—1949）——以〈法学通论〉教科书为中心展开》一项（进行中）；湖南省社科基金课题：《替代性诉讼解决方法（ADR）与中国调解制度的比较研究》。



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

法意

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

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签，无标签者不得销售。
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：

责任校对：宋玉莲

责任印制：

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 装 者：

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：1~2000

定 价：00.00 元

产品编号：044846

总目录

法论四篇	范罕	1
法律	周鯁生	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

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,旨在彙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

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。

法論四篇



宣統二年十月
明治四十三年十一月
發行

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
秀光舍
(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



范罕的父亲范伯子

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。

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

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,则有治者与统治者之关系。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