

中国法律史学文丛

# 中国近代法理学

(1895—1949)

程 波 著



创于1897

商务印书馆

The Commercial Press

2012年·北京

图书在版编目(CIP)数据

中国近代法理学:1895—1949/程波著. —北京:商务印  
书馆,2012

(中国法律史学文丛)

ISBN 978-7-100-08747-6

I. ①中… II. ①程… III. ①法理学—研究—中国—  
1895—1949 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 238989 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

2010 年教育部人文社科规划项目  
(10YJA 820005)

湖南商学院出版基金资助

中国法律史学文丛

中国近代法理学(1895—1949)

程波 著

---

商务印书馆出版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-08747-6

---

20 年 月第 版

开本 880×1260 1/32

20 年 月北京第 次印刷

印张

定价: 元

# 序

对清末民国以来中国法理学学术史进行总结,无疑具有重要的学术价值。由于各方面的原因,这一研究,曾一度被忽视。近十年间,该主题又渐渐为学人所注目,但研究仍处于分散、零乱的状态,缺乏全面性、系统性。今天,摆脱意识形态上的种种纠葛,求真务实,客观评析这一时期的法学学术思想,不只可能,亦有必要。鉴于此,程波教授在其博士论文基础上完成的《中国近代法理学(1895—1949)》一书,旨在梳理中国近代法理学形成发展的理论资源,辨识其学术谱系,寻找其学理依据。这一研究进路,对于探讨中国法学借鉴西方,反省中国法理学的学术历程,以推动当代中国本土的法学教育实践,是颇有意义的。

中国近代法理学生成的知识背景,实际上是自外入中的结果,特别是明治日本的“东学”渊源,值得注意。与此同时,在中国近代法理学形成发展的历史阶段,充斥着法学名家及其经典作品,一些流传下来的法理学作品人们交口称赞,但对他们真正卓越之处却缺乏共同的认识。此故,就需要有人起而予以价值判断和谨慎甄别,形成“一种正确得当的差别意识”——这是达成共识的必要前提。因此,本书的出版,将有助于我们了解中国近代法理学生成的知识背景及其变化,亦系达成共识所必须做的工作。

程波博士是我的学生,向来勤奋好学,做事认真,攻读博士学位期间,突飞猛进,学业日精。本书是他的博士论文的一部分,在成稿时我就读过了。作为作者数年思考的阶段性成果,相信它将成为中国近代

法理学学术史研究的起步,也希望作者以此为契机,在这个领域大展宏图。本书得到2010年度教育部人文社会科学研究规划基金项目的出版资助,实为幸事。应作者之约,我写下以上几段话,以达内心的喜悦和祝贺之情。是为序。

吕世伦

2011年11月于北京世纪城

# 总 序

随着中国的崛起,中华民族的伟大复兴也正由梦想变为现实。然而,源远流长,根深者叶茂。奠定和确立民族复兴的牢固学术根基,乃当代中国学人之责无旁贷。中国法律史学,追根溯源于数千年华夏法制文明,凝聚百余年来中外学人的智慧结晶,寻觅法治中国固有之经验,发掘传统中华法系之精髓,以弘扬近代中国优秀的法治文化,亦是当代中国探寻政治文明的必由之路。中国法律史学的深入拓展可为国家长治久安提供镜鉴,并为部门法学研究在方法论上拾遗补缺。

自改革开放以来,中国法律史学在老一辈法学家的引领下,在诸多中青年学者的不懈努力下,这片荒芜的土地上拓荒、垦殖,已历 30 年,不论在学科建设还是在新史料的挖掘整理上,通史、专题史等诸多方面均取得了引人注目的成果。但是,目前中国法律史研究距社会转型大潮应承载的学术使命并不相契,甚至落后于政治社会实践的发展,有待法律界共同努力开创中国法律研究的新天地。

创立已逾百年的商务印书馆,以传承中西优秀文化为己任,影响达致几代中国知识分子及普通百姓。社会虽几度变迁,世事人非,然而,百年磨砺、大浪淘沙,前辈擎立的商务旗帜,遵循独立的出版品格,不媚俗、不盲从,严谨于文化的传承与普及,保持与学界顶尖团队的真诚合作始终是他们追求的目标。遥想当年,清末民国有张元济(1867—1959)、王云五(1888—1979)等大师,他们周围云集一批仁人志士与知识分子,通过精诚合作,务实创新,把商务作成享誉世界的中国品牌。

抗战风烟使之几遭灭顶,商务人上下斡旋,辗转跋涉到重庆、沪上,艰难困苦中还不断推出各个学科的著述,中国近代出版的一面旗帜就此屹立不败。

近年来,商务印书馆在法律类图书的出版上,致力于《法学文库》丛书和法律文献史料的校勘整理。《法学文库》已纳入出版优秀原创著作10部,涵盖法史、法理、民法、宪法等部门法学。2008年推出了十一卷本《新译日本法规大全》点校本,重现百年前近代中国在移植外国法方面的宏大气势与务实作为。2010年陆续推出《大清新法令》(1901—1911)点校本,全面梳理清末法律改革的立法成果,为当代中国法制发展断裂的学术脉络接续前弦,为现代中国的法制文明溯源探路,为21世纪中国法治国家理想追寻近代蓝本,并试图发扬光大。

现在呈现于读者面前的《中国法律史学文丛》,拟收入法律通史、各部门法专史、断代法史方面的精品图书,通过结集成套出版,推崇用历史、社会的方法研究中国法律,以期拓展法学规范研究的多元路径,提升中国法律学术的整体理论水准。在法学方法上致力于实证研究,避免宏大叙事与纯粹演绎的范式,以及简单拿来主义而不顾中国固有文化的媚外作品,使中国法律学术回归本土法的精神。

何 勤 华

2010年6月22日于上海

# 目 录

|                            |    |
|----------------------------|----|
| 绪论                         | 1  |
| 第一节 研究的动机                  | 1  |
| 第二节 研究的问题层面                | 6  |
| 第三节 研究的架构                  | 10 |
| 第一章 晚清汉译日本《法学通论》教科书研究初步    | 16 |
| 第一节 《法学通论》教科书书目汇表及版本略考     | 16 |
| 一、书目汇表                     | 16 |
| 二、著作提要及版式略考                | 21 |
| 三、《法学通论》与近代法学知识的导入主体       | 32 |
| 第二节 晚清汉译《法学通论》教科书出版高峰之原因分析 | 39 |
| 一、与清末“法政诸学”的互动             | 40 |
| 二、与晚清推行“新政”的关联             | 47 |
| 三、结论                       | 50 |
| 第二章 王国维翻译的《法学通论》及其关联影响     | 52 |
| 第一节 王国维的翻译实践与《法学通论》之时评     | 53 |
| 一、王国维早期的日文翻译实践             | 54 |
| 二、王国维译《法学通论》及清末时人的论评       | 58 |
| 第二节 王国维翻译的《法学通论》在内容上的特色    | 59 |

## 2 中国近代法理学(1895—1949)

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| 一、博引欧美各名家之说,探究法学理论诸问题 .....     | 60  |
| 二、以进化史观为指导,强调法律家于社会上之势力 .....   | 60  |
| 三、不为欧美众家之说所囿,而能自为中肯之论断 .....    | 62  |
| 四、注重立法理论与法律解释 .....             | 65  |
| 五、强调法律与道德的进步发展 .....            | 66  |
| 第三节 日译法学名词在中国初期引入 .....         | 69  |
| 一、建构“法律”概念群的关联及其说明 .....        | 69  |
| 二、建构“权利”概念群的关联及其说明 .....        | 76  |
| 三、结论 .....                      | 85  |
| 第三章 思想脉络的考察:梅谦次郎与孟森 .....       | 88  |
| 第一节 梅谦次郎与近代中国 .....             | 89  |
| 一、法政知识中的日本因素 .....              | 90  |
| 二、“思想资源”与“想象空间” .....           | 95  |
| 第二节 思想脉络的考察和多重维度的影响 .....       | 97  |
| 一、梅谦次郎《法学通论》中译本的综述 .....        | 98  |
| 二、梅谦次郎《法学通论》教科书影响的多重维度 .....    | 104 |
| 第三节 梅谦次郎与孟森 .....               | 106 |
| 一、孟森法学的思想来源 .....               | 107 |
| 二、孟森《新编法学通论》所关切的中国问题 .....      | 110 |
| 三、结论 .....                      | 118 |
| 第四章 汉译《法学通论》教科书与中国“法学近代化” ..... | 120 |
| 第一节 近代中日法律名词交流研究 .....          | 120 |
| 一、从“翻译”的定义到“法律”定义的翻译 .....      | 121 |
| 二、李大钊对一个法律名词的辨识及其方法意义 .....     | 124 |



|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| 三、西方“法律”概念传入中国之研究述要 .....             | 127 |
| 四、从“双语字典”到“日语借词” .....                | 136 |
| 第二节 法学学科术语的流变 .....                   | 140 |
| 一、法学通论与法学、法律学、法理学、法律哲学 .....          | 140 |
| 二、法学与其他学科之关系 .....                    | 151 |
| 第三节 西方法学流派的初期引介 .....                 | 154 |
| 一、自然法学派之法律思想的早期译介 .....               | 154 |
| 二、分析法学派之法律思想的早期流传与译介 .....            | 157 |
| 三、历史法学派之法律思想的早期流传与译介 .....            | 159 |
| 四、结论 .....                            | 160 |
| 第五章 中国近代法理学的初步成长(1912—1928) .....     | 162 |
| 第一节 概说:以民国初期的《法学通论》教科书为中心 .....       | 163 |
| 第二节 法律教育的实像:以法学家夏勤与朝阳大学为中心 ...        | 169 |
| 一、撰述朝大讲义,慎重选聘教师,鼓励学生参加法科讲义疏注<br>..... | 170 |
| 二、“法治阶梯”:对夏勤《法学通论》的文本分析 .....         | 177 |
| 三、两个“夏勤” .....                        | 188 |
| 第三节 向近代法理学“嬗变”的媒介 .....               | 190 |
| 一、“能普及法学知识于国民”:王觐与他的《法学通论》 .....      | 191 |
| 二、“初习法学的唯一读本”:白鹏飞与他的《法学通论》 .....      | 198 |
| 第六章 中国近代法理学的形成发展(1928—1938) .....     | 207 |
| 第一节 概说:以南京时期的《法学通论》教科书为中心 .....       | 208 |
| 第二节 中国法理学的“近代性”与《法学通论》的表现形态 .....     | 214 |
| 一、中国法理学的“近代性” .....                   | 215 |

#### 4 中国近代法理学(1895—1949)

|                                                     |     |
|-----------------------------------------------------|-----|
| 二、《法学通论》的表现形态与“三民主义”话语的进入 .....                     | 220 |
| 三、《法学通论》与考试类用书 .....                                | 228 |
| 第三节 近代法理学的“嬗变”:以丘汉平的《法学通论》为中心<br>.....              | 233 |
| 一、学科创制过程中的思想与学术 .....                               | 234 |
| 二、丘汉平《法学通论》的学术思想特征 .....                            | 237 |
| 第七章 中国近代法理学的“批判”与“自觉”(1938—1949) .....              | 244 |
| 第一节 概说:以枪炮年代的《法学通论》教科书为中心 .....                     | 244 |
| 第二节 跨越法学的批判:法学理论的本土化表达 .....                        | 251 |
| 一、蔡枢衡的学术贡献:发现中国法学幼稚 .....                           | 252 |
| 二、对近四十年来中国法律及其意识的批判 .....                           | 254 |
| 三、中国法应有之面目和精神 .....                                 | 258 |
| 四、中国法理自觉的发展 .....                                   | 260 |
| 第三节 “横的了解”和“纵的领悟”:以梅仲协《法律论》(一名<br>《法理学大纲》)为中心 ..... | 270 |
| 一、法律观与学脉渊源 .....                                    | 272 |
| 二、法治的理论基础与本诸人类理性而产生的法律 .....                        | 274 |
| 三、法律与其他社会生活领域的关系 .....                              | 278 |
| 第四节 马克思主义法理学的“知识论述” .....                           | 280 |
| 一、“科学的法律观”及其中国法律、法学与中国社会的关系<br>.....                | 282 |
| 二、客观论理学的方法及其对各派法理学的批判 .....                         | 290 |
| 三、“法律是附丽于国家而存在的” .....                              | 295 |
| 四、马克思主义法理学的“知识论述”在法律本质上的表达<br>.....                 | 297 |

|            |     |
|------------|-----|
| 五、结论 ..... | 299 |
| 参考书目 ..... | 303 |
| 后记 .....   | 308 |

# 图 表 索 引

|       |                                            |     |
|-------|--------------------------------------------|-----|
| 表 1-1 | 汉译日本《法学通论》教科书书目汇表(1902—1911) .....         | 17  |
| 表 2-1 | 《新尔雅》与王国维译《法学通论》中关于部分法律术语<br>之对应比较 .....   | 71  |
| 表 2-2 | 《新尔雅》与孟森《新编法学通论》关于“权利”等法律术<br>语之对应比较 ..... | 77  |
| 表 3-1 | 梅谦次郎五种《法学通论》中文本版本信息及资料来源<br>.....          | 99  |
| 表 3-2 | 梅谦次郎三种《法学通论》中译本之目次比较 .....                 | 102 |
| 表 4-1 | 19 世纪传教士所编的具有双(多)语字典性质的书籍<br>.....         | 131 |

# 绪 论

本书《中国近代法理学》(1895—1949)的研究,希望通过理清晚清至民国种种《法学通论》教科书资源,从大规模的译介引入到自行编撰,考察各个时期《法学通论》教科书的编纂方法及内容如何与中国法理学学科门类相融合,以至形成中国近现代意义上的法理学知识结构和话语体系;辨析已经刊出的诸多《法学通论》教材版本以及学脉渊源、学术成就并不同一的民国法学学者、法律教员,面对异域法律资源和法学理论,哪些是暗渡陈仓,哪些是移花接木,哪些与中国传统法律制度与思想发生碰撞、融合;如此探案,可能曲径通幽,也可能一马平川;可能山重水复,也可能柳暗花明。好在刚刚起步,一切皆有可能。

## 第一节 研究的动机

西学东渐是 19 世纪最值得关注的历史进程之一。咸丰十年(1860)以后,除了传教士引介的启蒙知识以外,清政府的官方翻译机构开始翻译西方工业方面(并有部分政法方面)的书籍。但是,这些引介工作并没有给中国社会带来根本性的变革。随之开展的“洋务”运动,因其内在目的是“求强求富”,所以有以“西化”为途径,主动地汲取西方知识之倾向。然而,当时西方知识笼统的定名是所谓的“西学”,就内容来说,驳杂而不精一;就来源而言,又不免贫乏和错乱,而“西学”的进一

步转化,就是成为共所慕趋的“新学”。<sup>①</sup> 甲午战败以后,国人开始重新审视西方新知识的引介问题,内容的多样化和渠道的多元化是一个显著的特征。即,引介内容由西艺向西政、西学的转变;引介渠道也由传教士主持的报刊书籍向国人创办的媒体扩展;中国人开始尝试独自引入新知识,假道日本也成为一种新选择。新知识需要新的话语,需要传播新话语的新载体。与此同时,新式学校、辞书和教科书等“传播文明三利器”(梁启超语),在晚清社会中正逐步兴起。这“三利器”对于影响晚清时代普通人的知识结构、文化趣味以及思想方式均功不可没。特别是自1900年后,许多来自日本的、带有“新式”学科内容体系的各种教科书,开始支撑着整个晚清社会的学术积累与知识创新。

本书认为,在清末废科举、推行近代教育制度的背景之下,大量因印刷成本低廉而得以流通的《法学通论》教科书,成为民众普及法律知识的最直接的媒介之一。近代西方法学观念中的核心法律概念,“宪政”、“自由”、“权利”、“三权分立”等,在这一时期开始频繁出现在新式学堂的各种教科书里,由政法讲义、并由日常生活的新闻事实传入中国,从而作为近代“法律知识”的一部分而被社会化。与此同时,《法学通论》与清末“法政诸学”各门类的初建存在互动的关系,而“法政诸学”的兴起又与国人对“学科次第”、“西学门径”的认识有关。从旧式书院到新式学堂及其法政学科规划与课程设置、师资来源,可以从一个侧面反映法理学作为一门新的学术门类在中国近代创建的情况。这些《法学通论》教科书不仅仅是学堂课本,而且还蕴涵了不少西方法学知识和观念,特别是许多《法学通论》在其“绪论”或“法学编”部分,往往集中阐述西方法学理论和方法等问题。这样,西方法学知识和编纂方法便通过《法学通论》教科书输入到了中国,为中国法律学人自己撰写《法学通

---

<sup>①</sup> 参见王尔敏:《晚清政治思想史论》,广西师范大学出版社2007年版,第10页。

论》提供了范例。晚清士人的法学观念,很大程度上依赖于《法学通论》教科书的课本或法律课堂的知识传授,清季趋新学人亦是通过这些不起眼的《法学通论》教科书,获取了近代西方的法学知识,从而引发对中国传统法学的检讨和反省。因此,对《法学通论》教科书在中国法学教育史和法理学学术史上的理论和实际应用价值,需要作进一步的发掘和研究。

尽管以今天的眼光来看,这些称为《法学通论》的“初级课本”,从内容到形式都十分浅显,不似那些曾引领历史潮流或潮退后仍留下深深印迹的“法学经典”或“法学名著”,给后世读者提供众多“思想资源”和无限的“想象空间”。然而,在笔者看来,研究这些被称为“法治阶梯”、“法学津梁”的《法学通论》教科书的本意自该是促进的,而非促退的。如果按《法学通论》教科书成书的过程来看,我们一般可以将之分为三种情形:

(1)1902—1911年间,特别是晚清“新政”时期,以东文学社、南洋公学和留日学生为主体翻译的日本“讲义录本”——来自日本法政课堂的各种《法学通论》教科书著作。

(2)1912—1928年间,主要是有接受过日本法政教育背景的中国法学学人翻译和自己编撰的《法学通论》教科书著作。

(3)1928年以降,由有留学日本特别是有留学欧美经历的中国法学学者主导翻译和自己编撰的《法学通论》教科书著作。

以往的研究着重于20世纪前后的西学新书,绝少注意像《法学通论》这类教科书文本,而本书研究对象则恰恰是从1902年以后的汉译日本《法学通论》教科书,以及民元以后中国学人自己编撰的《法学通论》。笔者所关心的,是清末民初以来这些《法学通论》教科书出现的意图和背景,以及中国法律学人如何对接与融通这些教科书的内容和思想。当然,作为其结果也想看看,有哪些法律语词概念和法学观念随之

进入中国,并成为中国“法学近代化”的一部分。在这一过程中,本书作者每每有一种很深刻的印象,就是这些不同时期出现的《法学通论》教科书,它是那样的阶段分明而又具有历史的连续性,时代变化的轨迹、频率十分清晰。因此,把《法学通论》教科书作为中国近代法理学形成发展的“媒介”因素并凸显出来,可以更深入地认识西方法学理论在中国传播的历史与现实,有可鉴者则鉴之,弃取尽在于我。这正是以《法学通论》教科书为中心,展开“中国近代法理学”研究之动机所在。

首先,本书通过对清末汉译《法学通论》教科书版本的略考,集中于几种有代表性的汉译《法学通论》教科书的文本分析。以法学思想、法律知识在《法学通论》教科书中的呈现和清末时人对“法学”的认知为视角,既考察中国法理学的学术思想脉络,又建立汉译《法学通论》教科书与同时代的某种关联,兼及汉译《法学通论》教科书中法学观念的普及和编撰方法,从“对接”的意义上,指出晚清汉译日本《法学通论》教科书等日本法学资源对中国近代法理学的影响。这不仅是一个法学学术史的课题,同时也是一个需要从日译法学名词的概念、《法学通论》的编撰体例、法学观念传播的层面上加以验证的过程。更为重要的是,晚清以来,西方法学理论作为“西学”的一部分传入中国,并很快与中国传统法律制度与思想发生碰撞、融合,最后形成中国近代意义上的“法理学”,这对于当下同样需要面对异域法律资源的中国法理学,如何克服传统消极因素的影响,确定未来发展方向,仍有现实的借鉴意义。

其次,从表面上看,在接受西方法学包括西方法理学知识时,并不妨碍中国学者的“知识论述”(intellectual discourse)仍然遵循中国传统法学(律学)的典范(paradigm),尽管其意图却未必是绵延中国的法律传统。但事实上,无论是中国法理学的结构体系及其“知识论述”,还是个人权利、民主共和、宪政、法治等现代法学理念在中国的传播,都是向西方学习的结果。职是之故,区别地诠释西方法学理论进入中国的



路径及其近代意义,当有以下三个层面的重新定位:一是在法学研究方面,中国学者在自己的学术研究中,介绍、吸纳西方法学理论;二是在法律实践中,在立法和司法方面的制度建设中贯彻西方的某些法理学理论或思想;三是在法学教育引入西方的《法学通论》或《法理学》的教学。进行第一个方面工作的,梁启超、严复等近代学者可谓先驱。例如,梁启超 1904 年发表的政论文章《中国法理学发达史论》,严复对于《法意》的翻译,特别是所加的“按语”都可以归列其中;在第二个方面的代表,主要有以法律权臣身份从事法律工作的沈家本、伍廷芳、董康等人。他们将西方的法理学理论引入中国法制变革之中;第三个方面的代表,则是以法学教育家身份进行法政教育、延请日本学者任教或亲自充当中国法政教育先锋的留日学生,如王国维、张知本、汪庚年、熊元翰、孟森等。基于上述第三个方面,本书认为,西方在 19 世纪已创立的法理学知识内容和体系,究竟是如何通过清末特别是整个民国时期重要的《法学通论》教科书而转化为中国法理学的“知识论述”的? 实在是一个需要认真回答的问题。

第三,法理学一词是由日本法学家穗积陈重首先使用的,相当于英文中的 jurisprudence 一词。在法律学科意义上,“法理学”和“法学通论”,这两个术语的实际含义尽管存在差别,但从清末至整个民国时期,许多中国法学学者往往都等同视之。如此说来,晚清最后十年大规模出现的汉译日本《法学通论》教科书,就有某种典范意义。不过要看到,辛亥革命的胜利,在事实上已经排除榜样“日本模式”的可能性。“五四”新文化运动后,从留学、译书方面看,日本途径也渐渐失去 20 世纪初的兴盛。日本对中国的侵略,更夺走人们对“日本知识”乃至从日本传来的“西方知识”的好感。在相当长的时间内,不是来自日本而是来自欧美的法学和法律教育,对中国近代法理学的形成发展产生深刻影响。本书认为,“五四”前后,西方法学理论在中国传播的路径开始由日