

二十世纪中华法学文丛

中国法律思想史

杨鸿烈 著

二十世纪中华法学文丛

杨鸿烈 著

中国法律思想史

范忠信 何鹏 勘校

中国政法出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国法律思想史/杨鸿烈著. —北京: 中国政法大学出版社, 2003. 6

(二十世纪中华法学文丛)

ISBN 7-5620-2436-7

I. 中… II. 杨… III. 法律—思想史—中国—20 世纪
IV. D909.26

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 051636 号

-
- | | |
|-------|-----------------------------------|
| 书 名 | 中国法律思想史 |
| 出 版 人 | 李传敦 |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社 |
| 经 销 | 全国各地新华书店 |
| 承 印 | 清华大学印刷厂 |
| 装 订 | 北京爱德金文装订有限公司 |
| 开 本 | 880 × 1230mm 1/32 |
| 印 张 | 10.75 |
| 字 数 | 275 千字 |
| 版 本 | 2004 年 4 月第 1 版 2004 年 4 月第 1 次印刷 |
| 印 数 | 0 001 ~ 3 000 |
| 书 号 | ISBN 7-5620-2436-7/D·2396 |
| 定 价 | 25.00 元(精装本) |
-
- | | |
|------|---|
| 社 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088 |
| 电 话 | (010)62229563 (010)62229278 (010)62225059 |
| 电子信箱 | ztf5620@263.net |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com(网络实名: 法律教材) |

☆☆☆☆☆

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

《二十世纪中华法学文丛》

编辑委员会

学术顾问

倪征燠

瞿同祖

芮沐

谢怀栻

潘汉典

沈宗灵

编委

(以姓名拼音为序)

曹建明

陈兴良

陈景良

范忠信

高鸿钧

何勤华

贺卫方

胡旭晟

刘广安

李贵连

梁治平

舒国滢

王健

王文杰

王涌

徐显明

张谷

朱勇

常务编委

范忠信

胡旭晟

王健

张谷

陈景良



二十世纪中华法学文丛

总 序

二十世纪是中华文化经受空前巨大、深刻、剧烈变革的伟大世纪。在百年巨变的烈火中，包括法制文明在内的新的中华文明，如“火凤凰”一般获得新生。

大体上讲，二十世纪是中国法制现代化的世纪。这一个世纪的历程，不仅仅是移植新法、开启民智、会通中西的法制变革的历程，更是整个中华文明走出传统的困局、与世界接轨并获得新生的历程。百年曲折坎坷，百年是非成败、得失利弊，值此新旧世纪交替之际，亟待认真而深刻的反省。这一反省，不仅有助于当代中国法制建设的深入，亦有助于推进新世纪中国民主与法治社会的形成。这一反省，是一项跨世纪的伟大工程。作为这一工程的起始或基础，我们应全面系统地检视、总结二十世纪中华法学全部学术成就，并试图作初步点评。为此，我们特郑重推出“二十世纪中华法学文丛”。

1898年，光绪皇帝接受康有为、梁启超等人建议，实行“新政”。中国法制现代化的事业于此开始萌动，但旋即夭折。四年之后，在内外剧变的巨大压力下，这一事业再次启动。1902年，清廷命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣，设修订法律馆，开始翻译欧

美各国法律并拟订中国之刑律、民商律、诉讼律、审判编制法等新型法律。这一年，应视为中国法制现代化的正式开始。自此，中国法律传统开始发生脱胎换骨的变化：以五刑、十恶、八议、官当、刑讯、尊卑良贱有别、行政司法合一为主要特征且“民刑不分，诸法合体”的中国法律传统，在极短时间内仓促退出历史舞台，取而代之的是一个又一个令国人颇感生疏的新式法律体系和法律运作机制。不宁惟是，一套又一套从前被认为“大逆不道”、“不合国情”的法律观念——“民主”、“自由”、“平等”、“法治”、“契约自由”、“无罪推定”、“制约权力”、“权利神圣”等等，随着新型法律制度的推行一起被带给了人民，使人民的心灵深处渐渐发生革命。与此同时，近代意义上的中华法学，亦与“沟通中西法制”的伟大事业相伴而生，渐至发达。出洋学习欧美日本法律成为学子之时尚，法政学堂如雨后天春笋，法政期刊杂志百家争鸣，法学著译如火如荼，法学成为中国之“显学”。据不完全统计，仅本世纪上半叶，全国各出版机构出版发行的法律和法学著译及资料，多达六千余种，总印行数多达数百万册。本世纪下半期，“法律虚无主义”一度盛行，为患几近三十余年，中国法律和法学一派凋零。七十年代末以后，国人痛定思痛，重新觉醒，中国又回到法制现代化的正轨，法律和法学重新兴旺和昌盛，法学著译出版再次空前繁荣。据估计，1978年至今，我国法学著译资料的出版多达万种，总印数可能在千万册以上。这期间，不惟基本完成了前人未竟的法制和法学现代化事业，亦开始了向法制和法学更高的境界的迈进。

这一个世纪的法学著译和资料编纂，是中国法律现代化历程的忠实记录，是中华法学界百年耕耘的结晶。从“全盘欧化”、“全盘苏化”的偏失到“中国特色”法制与法学的探索，百年上下求索留下的这份宝贵的学术遗产，值得我们珍惜；即使仅仅作为一部时代的病历，也值得我们借鉴和分析，以期发现和治疗我国法制现代化过程中的常见病症。不幸的是，这份学术遗产，特别是本世纪上半

叶的法学著译资料，现在正面临着悄然毁失的危险。由于印刷技术低下、纸质粗劣、馆藏条件落后，许多法学书籍破旧枯朽，不堪翻阅，有些甚至图文蚀褪无法辨读。加之种种人为的原因，那些汗牛充栋的法学资料长期尘封蛛网，很少有人记起，半个世纪的探索和成就竟被视若虚无。馆藏制度之限制又使借阅者困阻重重。人们常叹：《尚书》、《周易》乃至秦汉野史随处可得，几十年前的法学著译竟一书难求！此种文化“断裂”现象，实有碍于今日中国法律教育和研究事业之正常进行，亦有益于中国法律现代化事业之发达。以上诸端，不仅本世纪上半期的书籍如是，本世纪下半期的一些作品亦已经或很快将面临同样的命运。有感于此，我们遂有整理本世纪中华法学遗产之愿望及筹划，不意与中国政法大学出版社之设想不谋而合，是以有“二十世纪中华法学文丛”之选印。

本“文丛”选印的书籍或选编的论文，纵贯二十世纪始终。凡能代表本世纪不同时期法律学术水平、法制特色，有较大影响且为当今中国法学教育研究所需要者，均在选印之列。即使是五十至七十年代间特定背景下的法律和法学作品，只要有历史文献价值，亦可收入。在选印的顺序上，大致由远及近，优先选印上半个世纪的著译资料。目前选印编辑的重点是本世纪前半期作品。本世纪后半期的法学成就，拟在以后条件成熟时再行整理。选本范围将不局限于内地学者的作品，还将涉及五十年代以后台湾、香港地区和海外华人学者的法学作品，因为他们的成就也是二十世纪中华法学不可忽视的一部分。除曾正式出版的单本著译外，还将汇聚若干法学家的个人文集，或重新编辑本世纪各个不同时期的法规、案例及习惯调查资料。不过，凡近二十年间已为各出版机构再版的法学著作、译作，原则上不再选印。

为了保证选本的权威性、准确性，我们特聘请了六位本世纪上半叶即涉足法学或司法工作的前辈学者出任顾问。老先生们不顾古稀耄耋之年，亲自批点方案、确定书目、选择版本，并以口头或书

IV 总 序

面的方式提出了许多宝贵的意见。幸赖于此，我们的计划才得以顺利进行。

本“文丛”之选印，旨在集二十世纪中华法学之大成。为体现历史真实，我们将恪守“尊重原作”的原则，不作内容上的任何更动。即使有个别观点与今日不符，亦予以保留。作为不同时期的特殊历史记录，保持原貌更有利于比较和借鉴。为了使读者对每本书的作者及该书的学术地位等有一个必要的背景了解，我们特约请法学界一些学者为各书撰写关于其人其书的专文，置于书前。除此之外，我们所做的纯粹是一些技术性工作，如纠正原作的排印错误，注明原书所引事实、数据、名称之错误等等。为方便起见，可能将同一法学家的数个单行著作合而为一，也可能将原合印在一起的不同著作分开重印，还可能将当时或今日学人对其书或其人的有关评论或有关的图表、法规资料选附于书后。总之，尽可能使其全面、完整。

本“文丛”的选编校勘，是一项看似简单实则复杂艰难的工作，需要相当的学养和责任心。我们虽兢兢业业，如临深履薄，但仍难免疏漏。恳请各界朋友批评指正。除此之外，还期待学界朋友推荐符合本“文丛”宗旨的法学著译资料，与我们共同完成这一跨世纪工程。

谨以本“文丛”献给中国法制现代化事业，献给中国民主法治的新世纪！

二十世纪中华法学文丛

编委会 谨识

1997年7月于北京

二十世纪中华法学文丛

凡 例

一、本文丛系有选择地整理二十世纪的法学经典文献，不作任何有损原意的改动，仅作适当的技术性加工。

二、原书为竖排版者一律改为横排。原文“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等等。

三、原书繁体字一律改为简体。个别若作改动会有损原意的，则予以保留。另加注说明。

四、原书无标点符号或标点符号使用不规范者，一律代之以新式标点符号。

五、原书无段落划分者，适当划分段落。

六、原书所用专有名称、专门术语（特别是外国人名、地名、书名之译名及学科名称）今日有更通用统一提法者，酌加改动或注明。

七、原书引用之事实、数字、书目、名称（包括人名、地名）及其他材料确有错误者，酌加改动，并加注说明。

八、原书排字确有错误，当时未能校出者，酌加改正，并加注说明。

九、个别特别重要的著译，酌于书后附上新编之名词索引。

十、原书某些附录确有保留必要者，不再编入，但加注说明。

杨鸿烈及其对法律思想史学科的贡献

范忠信 何 鹏

杨鸿烈先生是民国时期的法学大家。他对法律史学科的杰出贡献，只需一条证据就可以说明：他一生仅有的七部著作中，有三部是关于法律史学的；这三部著作在他去世后一而再、再而三地被海峡两岸重印或再版，在法学界是罕见的。

在探讨他的贡献之前，我们先对杨先生一生的曲折历史作一个简单回顾。

杨鸿烈，又名宪武、志文、炳堃，号知不足斋主。1903年农历6月28日生于云南晋宁。早年毕业于北京师范大学外文系，后入清华大学国学研究院师从梁启超、王国维研究历史，1927-1928年经梁启超介绍，任教于南开大学；1928-1931年经胡适聘请任教于上海中国公学，为文史学系教授、主任，同期又任教或兼课于大夏大学、复旦大学、法科大学等。1931-1932年任教于北京师范大学；1932-1933年任教于云南大学，为师范学院院长兼教授；1933-1934年任教于河南大学，为史学系教授、系主任。1934-1937年留学于日本东京帝国大学研究院，获博士学位。1938年离日到香港，从事中外交流史研究工作。1939-1940年任教于无锡国学专科学校。1941-1945年在汪伪控制下之南京中央大学史学系任教

授，并兼任伪中央宣传部编审司长及国史编纂委员。1946 - 1955 年避居香港，在香港大学任教授并充任《星岛日报》英文翻译。1955 年 6 月自港返回广东，任广东文史馆馆员。不久因上书毛泽东反映两位文史馆员受虐待身亡问题而获罪，被撤销馆员职务；1957 年被划为“右派”，1958 年 6 月到广东从化九里步农场“监督劳动”，后回广州蹇居于东山龟岗，1977 年逝世。

杨鸿烈一生著作，据中国社会科学院历史研究所编《八十年来史学书目》（中国社科出版社 1984 年版）收录，有以下 6 种：《史地新论》（北京晨报社，1924）、《大思想家袁枚评传》（商务印书馆，1927）、《中国法律发达史》（商务印书馆，1930）、《中国法律在东亚诸国之影响》（商务印书馆，1937）、《史学通论》（长沙商务印书馆，1939）、《历史研究法》（长沙商务印书馆，1939）。1936 年由商务印书馆出版的《中国法律思想史》（即本书）不知何故未收录其中。此外，据他本人于 1958 年和 1969 年填写的个人履历表所载，他 1949 年以后在香港曾写过几本书，一本是《中国文字的价值》，由自由阵线出版社出版；另外有《中国民商法史》、《（英文）中国法律发达史》、《比较文学》、《中国地方戏剧史》等，但不知是否出版。

杨先生的职业教书生涯开始于 1927 年，从是年到 1955 年，战火连天颠沛流离的二十八年之间，先后任教于十余所大学，仍创作出版了七本专著，当然还发表了许多论文，可以说是硕果累累。自 1956 年“响应党的号召回国”后，至 1977 年逝世，其间是没有战乱的二十二年，但除了写交待材料和检讨书以外，杨先生没有任何学术论著能发表或出版，终于没能熬到改革开放的春天就“抑郁而终”。可见政治的禁锢，就摧残学术的能量而言，远甚于内战和外寇入侵。

杨鸿烈的著作被海峡两岸一再重印再版，简单地说，就是《中国法律发达史》、《中国法律思想史》、《中国法律在东亚诸国之影

响》等三书一再被学界重新重视的历史。

《中国法律发达史》一书，1930年由上海商务印书馆初版，1933年即再版。1967年台湾商务印书馆又再版，1988年第三版。1990年上海书店出版“民国丛书”时，又将此书收入丛书再版。现中国政法大学出版社又委托季立刚博士将此书校勘重排，列入“二十世纪中华法学文丛”出版。两岸合计再版五次，重印十余次。

《中国法律思想史》一书，1936年由上海商务印书馆初版，12月即再版，1937年第三版；1984年商务印书馆出版“中国文化史丛书”时，将此书收入再版；1998年商务又影印再版该书。70年代台湾“万有文库”似亦有再版；现在我又受政法大学出版社委托校勘该书，列入“二十世纪中华法学文丛”重新排印出版。两岸合计再版五次。

《中国法律在东亚诸国之影响》一书，1937年由上海商务印书馆初版，1971年台湾商务印书馆再版，1999年中国政法大学出版社委托刘广安教授主持校勘，列入“二十世纪中华法学文丛”重排新版。两岸合计再版三次。

民国时期的法学著作汗牛充栋，但被多次再版的不过寥寥几种。据我所知，除了王世杰、钱端升的《比较宪法》、瞿同祖的《中国法律与中国社会》和杨鸿烈先生的这三本书以外，再没有其他法学著作在海峡两岸同时得到过这样多次再版（特别是重排新版）的荣耀。在离世数十年后，在国家发生了沧海桑田的巨变以后，同一学者有三本著作同时受到这样的历久常新的关注，在法学界杨鸿烈先生可能是独一无二的。

这就是我们不能不重视杨鸿烈先生的原因。

杨鸿烈先生对中国法律史学科的贡献，以上三本书可以充分体现出来。我们在这里尤其要注意他对中国法律思想史学科的巨大贡献。

中国法律思想史学科，在过去近百年历史里，我们不能不注意

两位学术家的贡献。一位是学科的开创者梁启超先生，一位是学科体系的奠基者杨鸿烈先生。

1905年，梁启超先生发表了《中国法理学发达史论》（《新民丛报》第四卷五、六两期）。这是一篇万字长文，系统讨论了先秦时代从儒家、道家、墨家的“礼治主义”、“人治主义”、“放任主义”、“社会主义”的所谓“旧学”向法家的“法治主义”、“国家主义”的所谓“新学”的转变，实际上是一个“先秦法理学史纲要”，是中国法律思想史领域的第一个专论。我们可以把这篇文章的发表视为中国法律思想史学科正式萌芽。此后，比较直接属于法律思想史的专著有王振先的《中国古代法理学》（商务印书馆，1925）、张陈卿的《韩非子的法治思想》（文化学社，1930）、丘汉平的《先秦法律思想》（上海光华书局，1931）等几本，但实际上都非常简略，都是先秦诸子中主要几家的法律思想的简介。因此可以说，直到1936年之前，这一状况并无根本改变，法律思想史学科的基本框架尚未建立起来。

杨鸿烈的《中国法律思想史》出版，使这一状况发生了根本转变。

1936年11月，时年三十三岁的杨鸿烈先生出版了他的第二部法律史专著《中国法律思想史》。这部二十七万多字的专著，是中国法律思想史学科体系确立的标志。

《中国法律思想史》一书有几大特点，这几个特点正好标明学科体系的确立。

第一，该书体系宏大，纵览回顾了自殷周至清末中国传统法律思想的发展演变全过程，还初步回顾了清末变法以来的法律思想巨变。比起此前的几本法律思想史著作仅仅是先秦几家法律思想简介而言，杨著是一个了不起的进步。这种宏大的体系，反映了杨先生极欲确立学科体系、圈划学科研究范围的强烈意图。这种意图正是一个学科体系形成的最重要的动力。正是学科自觉的表现。该书以

“殷周萌芽时代”、“儒墨道法诸家对立时代”、“儒家独霸时代”（汉以后）、“欧美法系侵入时代”等四个时代来概括整个中国法律思想演变的三千年历史。这种概括虽然受到了冯友兰《中国哲学史》之“子学时代”、“经学时代”之类划分的影响，但比起此前的同类著作而言，的确对中国法律思想发展的阶段性、规律性作了高屋建瓴、基本准确的概括。

第二，该书的内容构成表明作者对学科的研究对象有了更加清晰的认识，更能抓住“法律思想”的要害。此前的法律思想史著作，大多分不清政治思想与法律思想，只列举先秦各家关于德刑关系、礼法关系、人法关系、天人关系等几个大而化之问题的论点；对法律思想史所应关注的特定法律问题，大多发掘不了，深入不下去。杨先生则不然，他最早真正全面注意到了关于法律的特有问题的思想史。在该书中，杨先生把古人讨论过的法律问题分为“一般法律原理”问题和“特殊法律问题”。关于前者，他注意整理了古人关于“阴阳五行天人交感及诸禁忌说”、“德主刑辅说”、“兵刑一体说”、“法律本质论与司法专业化说”等问题的学说。关于后者，杨先生注意整理了古人关于“法律平等问题”、“法律公布问题”、“亲属相容隐问题”、“刑讯存废问题”、“族诛连坐问题”、“复仇问题”、“肉刑复兴问题”、“以赃定罪问题”、“赦罪当否问题”、“婚姻问题”、“别籍异财问题”、“亲子关系问题”。这实际上表明，杨先生已经把法律思想史的问题区分为法理问题（或法理学思想）与法律制度问题（或法律制度思想）两大类，在后一类中他还区分了民事问题和刑事问题。这表明，杨先生对法律学的把握远远超过此前的同类作者。法律思想与政治思想不分的特点基本不见了。这一步的迈出，对告诉我们什么是法律思想史学科研究的对象范围而言，是有重大进步意义的。同时，杨先生的这本书是以“法律问题”为线索来编制本学科的研究体系，这是比较准确地把握了法律思想史的发展规律，对思想史的承续性、发展性或围绕重大法律问题聚讼

纷纭的根本属性有了准确把握的体现。在中国法律思想史上，重要的法律问题本身并没有什么改换，就那么几类或几个，历朝历代士人官员都置喙其间，各抒己见。有时这种意见占上风，有时那种意见占上风。关于这些具体法律问题的见解主张，因人因时而异。研究法律思想史者的最大任务就是要弄清为什么会有这些差别，要找出变化的规律动因来。杨先生对此有率先体认。该书的第二章“儒家独霸的时代”，写的就是一部法律思想问题史。相形之下，1977年恢复法律教育以来以人物介绍为主线的法律思想史教科书写法（先按阶级性分划几个社会发展时期，每个时期再按人头介绍各人的法律思想，使得汉以后历代士人的法律思想的介绍大同小异），就远没有杨鸿烈先生的写法合理或科学了。思想史本身就是问题史，如果没有问题意识，是不能研究思想史的。在法律思想史学科，杨先生对此有开创性的贡献。

第三，该书关注了中国法律近代化变革以来中国法律思想的剧变，在法学领域首次以专著讨论了这种剧变，尤其注意到了中西法律思想的巨大差异，注意到了西方法律思想对中国法系传统的毁灭性攻击，开了近代法律思想史研究的先河。以前的同类研究者，很少注意总结反省近代法律思想的剧变，大多只注意先秦或古代社会。杨著弥补了这一不足。这一研究的开始，说明杨先生对法律思想史学科的使命有了特别清晰的体认：它不仅是回顾总结法律思想历史的学科，也是反省法制建设实践总结教训指导实践的学问。

当然，该书也有许多缺点。作为学科体系初创时期的作品，他的问题也是浅显的。首先，该书对具体法律问题把握不准，分类不清，对法律学概念范畴及问题的理解尚属初步。如在第三章中，他所谓“一般法律原理”问题，仅仅只有四个，这反映他所认识到的中国人讨论过的法理问题太少。其实，关于国家与法的起源问题，自然法与人定法关系问题，法的作用和目的问题，法律权威的本质和保障机制问题，王权与法律的关系问题，立法权归属问题，

法律变革与法先王后王问题，贤人与良法的关系问题，法的价值判断标准问题等等，中国古人都讨论过。只是由于没有用西方人惯用的法律字眼来表达，杨先生就不认得而已。况且，他把“法律本质论与司法专业化诸说”杂糅在一起讨论，文中的内容列举表明杨先生不清楚哪些是讲法的本质、哪些是讲司法专业化，不清楚这两个问题有什么区别，不清楚这两个问题根本就不是一个层次的问题。甚至严格地说，他所列举的关于这两问题的古人言论，根本就不是讨论法的本质问题，也不是讨论司法专业化的问题。他把古人关于司法官吏必须严格守法、君主不要过多自行审判创立繁多的“敕”“例”使执法官员无所适从的言论看成是司法专业化主张，显然是误解。他所列举的“特殊法律问题”中，把“法律平等”、“法律公布”等都列为“刑法方面的问题”，显然也是误解。可以说，哪些问题是法理学问题，哪些问题是民法问题，哪些问题是刑法问题，哪些是诉讼法问题，杨先生实际上并不清楚。其次，该书很少理论分析，很少反省和总结，学术探讨性不足，几乎只有史料分类堆砌。从该书看，作者似乎只把古人的思想看做零碎的言论，按照今人对法律问题的认识分类，将各自分别归入“某某思想”类中。这只是历史的叙述，很少史学理论分析。动辄上千字甚至两千字一条的古人言论，全文照录，然后加上几句关联语；关联语之后又是大段抄录古人言论。至于这些言论涉及了什么法学理论问题、提出或改变了什么法学观点、对法律思想或科学的发展有什么贡献、与前人有哪些不同以及为什么不同，他都没有进行基本的分析。这表明他的分析工具还不具备，法学专业理论素养尚浅。再次，关于近代法制变革和中西法律文化冲突问题，杨先生只列举了一些奏章和法律草案资料，基本上没有深入系统的理论分析。

在 60 多年前，在许多学科均属草创之际，杨先生的著作有这些问题是很自然的，是我们不能苛求古人的。无论如何，杨先生的《中国法律思想史》正式奠定了这一学科的学术体系，这是我们不

能忘记的。今天我们在这一学科领域的进步，许多正得益于杨先生成果的营养；今天我们通过杨先生的肩膀已经登上了一个新的学术高度，我们当然不能忘记了杨鸿烈先生。

校勘杨鸿烈先生的书，刘广安兄曾言，“一种对学术的敬畏、忧惧和感慨的心情纷涌而来”（刘广安：《杨鸿烈与中华法系研究》，中国政法大学出版社 1999 年版杨鸿烈著《中国法律在东亚诸国之影响》校勘者序），我深有同感。人生倏忽，一名学者虽穷毕生之力，他所能做的，大概也只相当于一只工蜂从它发现的花源采回了一小团花粉加入了酿造蜂蜜的集体工程而已。杨先生采回“花粉”比很多人多些，被很多人长时间不断地关注，这就是他的伟大。

2003 年 8 月 27 日于武昌南湖东岸三族居

（注：感谢季立刚博士为我提供有关杨鸿烈生平的资料）