

LEGAL AND ACADEMIC
IN MODERN CHINA

近代中国的 法律与学术

俞 江 Yu Jiang

在现代法高歌猛进的今天，让我们稍稍驻足，
回到百年前的奠基期，一瞥那些书与人，那些争辩与议论。

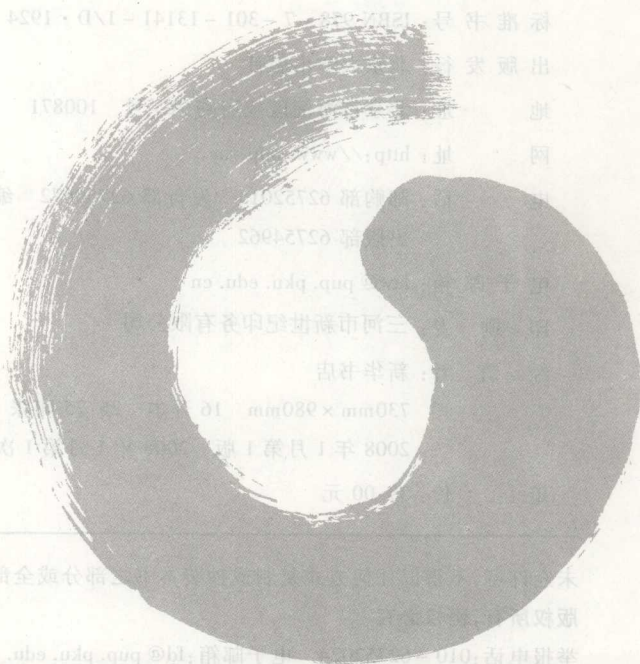


北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

LEGAL AND ACADEMIC
IN MODERN CHINA

近代中国的 法律与学术

俞 江 Yu Jiang



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

近代中国的法律与学术/俞江著. —北京:北京大学出版社, 2008. 1
(元照法学文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 13141 - 1

I. 近… II. 俞… III. 法制史 - 研究 - 中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 180733 号

书 名: 近代中国的法律与学术

著作责任者: 俞 江 著

责任编辑: 侯春杰

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13141 - 1/D · 1924

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

730mm × 980mm 16 开本 26.25 印张 380 千字

2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 39.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

前言

本书的主要内容,选自作者近十年来公开发表过的有关近代中国法律史的论文,可以分为三个部分。

第一部分,是近代法律史中的法学发展与法学人物,这两个内容相互纠缠,很难截然分开。它们又可以进一步放入近代法学学术史的范畴中。制度的发达,离不开学术的昌明。因此,把学术史研究作为本书的第一部分是合理的。对近代法学学术史的关注,乃是受到我的导师李贵连教授的影响。李师曾著有《20 世纪初期的中国法学》、《晚清的法典翻译:〈法国民法典〉三个中文译本的比较研究》等文^①,打开了近代法研究的新领域。我对近代法学的研究,主要选择了法学专门语词这一人口,通过语词的生成与变迁,可以大致梳理出近代中国法学的发展脉络。这也是将《近代中国法学语词的生成与发展》放在本书第一篇的原因。它是一篇综述性质的文章,可以帮助读者了解西方法学在晚清时期输入中国时的概貌。不过,关于近代中国法学语词的研究还远远没有结束。本来,我给自己制定的计划是,在完成了综述性的研究后,逐一梳理重要的法学概念在近代中国的传播和发展。我认为,只有以语词为基干,才能有效地展现近代法学的深层面貌,才能真正刻画和重述近代法学史,一句话,才能真正走进近代法律史的微观层面。但是,在撰写完《19 世纪末 20 世纪初的民权概念》一文后,我终于发现这项工程有多么庞大,同时发现以个人之力承担这项工作的想法是多么狂妄。总之,由于自己的学识浅薄,最终畏而却步。值得欣慰的是,一些国内重要的学者也同样认识到这一工作的价值,并在同步开展这项研究。据我所知,王人博先生在“宪政”等词汇方面,程燎原先生在“法治”等词汇方面,都已搜集了大量的资料,相关的专著也在酝酿之中。很显然,这些有着深厚功力的学者,比我来做这项研究更为合适。也希望在以后的近代法律史研究中,有更多的学者参与到这一研究中来,因为它本来就需要多学科的支持。

^① 均收入李贵连:《近代中国法制与法学》,北京大学出版社 2002 年版。

在“法学和法学家”这一部分,还收录了几篇读书笔记式的文章。这些文章之间并无统一的主题,也不以史料考证为目的,只是因为在阅读一批资料后,觉得有必要整理一下自己的思路,遂信笔写去。它们或是围绕着一个法学家而展开,如《沈家本的人格平等观》,就是因为读完沈家本的《历代刑法志》后,因看到其中有大量的沈家本评论历代制度的文字,使我对沈家本在制度评价中所持的标准产生了浓厚兴趣,进而开始考虑沈家本在平等问题上可能持有的态度。而《清末修律中的吉同钧》,则是因为在国家图书馆近代馆(文津楼)看到了吉同钧的《乐善堂文集》后感而发。而其他两篇论文,则大致围绕着一个事件中的几个法学家的态度而展开,如《简评礼法之争》、《近代法学家关于“中国古代有无民法”的讨论》。所论的事件如“礼法之争”,所涉及的人物如杨度、劳乃宣、陈顾远、王伯琦等,大多也是法学界或史学界所熟知的。考察他们在一个有争议的事件中所持的态度,或许更能反映他们的真实立场。

另外,第四部分“资料整理”也可归入学术史的工作范畴。这些工作是在平日阅读中逐渐积累而成。在开始接触近代法研究的时候,我把重点放在清末法学的输入和传播上,这一时期是中国近代法学的幼年期,市面上充斥了大量的日译著作,但是,这些译著的总量如何、学科分布如何,都还是一个未知数。于是,在查阅各图书馆的目录时,我尽量将有关的书目予以摘录,开始是零散地记录在不同的笔记本上,后来加以整理,再参考其他学者提供的资料,得以完成《清末法学书目备考》。不得不提到的是,在这一书目的整理过程中,得到了田涛先生的大力支持。田涛先生在中国政法大学六号楼有一间小屋,10年前在北京游学期间,我曾借住于此。这个小屋中有田涛先生收藏的目录、版本学方面的书籍,同时还有他收藏的部分族谱类书籍。正是在这间小屋的明清桌椅旁,我得以抄录到第一批清末法学书籍目录。另外,田涛先生和李祝环女士整理的《清末外国法学引进书目》(载《中外法学》2000年第3期),是根据自藏的书籍整理而来,其中不少书籍未见于各大图书馆书目。这一书目对《清末法学书目备考》的完成也有极大的帮助。《清末法学书目备考》虽记录了400余种书目,但肯定还有遗漏。而且,这个目录不是见藏书目,在版本、特征等描述方面均难免有误,它暂时

只能起到提供线索的作用。

研究学术史,当然不能离开学术界,而学术界是由人组成的。近代法学的处境与今天大致相当,既是“显学”,又是“浅学”。说它是“显学”,是因为社会对法律工作者有极大的需求;说它是“浅学”,是因为近代法学没有自己的学术传统,完全在西方法学的框架中重新建造,根基浅、积累浅,在人文学科或社会科学中,无法与史学、哲学、文学等并肩,由此,这一学科中的学者长期不受学术史的关注,以致某些近代法学家的名字也会在教科书中出错。比如,参与《大清民律草案》“亲属编”和“继承编”的法学家有两位,一位叫高种,一位叫朱献文。民国时期的著作在叙述这一史实时有称“高种和朱献文”者,某些法制史论著不查,以讹传讹,遂将二人写成“高种和、朱献文”或“朱献文、高种和”等。特殊的历史环境也造成这一学科中的学者长期受人冷落。新中国成立以后,民国时期形成的法学系统受到意识形态的排斥,法学家“靠边站”。大多数“旧法”学者要么悲惨地,要么默默无闻地走完了后半生。因此,从开始整理《清末至民国法学家人名简录》到现在,我的最大困难一直是无法确定许多法学家的去世年代。整理人名录是件吃力不讨好的事情,其中的琐碎艰难已难细述。这个人名简录是在阅读民国时期的法学杂志、野史等的个人笔记基础上整理而成。为了使其全面一些,最后参考了各种编成的人名录。现在看来,这个人名录还存在着许多毛病。其中,人物采择标准是最大的问题,有些人物才华横溢,如梁启超,一生成就横跨数个学科或领域,又曾有重要的法学论著,还曾任司法部长,要不要收入?这就涉及学科标准的问题。有的人物,横跨民国和新中国两个时代,既算近代又算是当代,要不要收入?这又涉及时代划断的问题。我暂时采取的办法是,像梁启超这样的著名人物,既然各人名录都有收入,这里就不用再收。时间上,清末和北洋时期已成名的法学家尽可能收入,二十世纪三、四十年代以后的只能选择性地收入。总之,这个人名简录只能算是个人研究的阶段性总结,将来若有时间,仍有大规模修订的必要。幸好,近代法学家的情况已受到更多学者的关注。其中,程燎原先生的《清末法政人的世界》就是一部以此为主题的优秀专著。何勤华先生的《中国法学史》(第3卷)又收入了大量的近代法学家人名。读者可以这些书籍相互参考。

由于《清末法学书目备考》和《清末至民国法学家人名简录》篇幅较大,又属资料性质,将其放在本书的末尾,以便查阅。

第二部分是关于近代法律修订的。近代法律修订的内容和过程长期受到学界的关注,专著、公开发表的论文和未公开发表的研究生学位论文都有不少。我没有仔细统计过,但如果说,近代各部门法的修订都已有专项研究,大致不会有人怀疑。研究某一部门法的修订并对其进行评价,必须对这一部门法理论有相当的认识。但法学出身的人都知道,个人要能精研所有的部门法几乎是不可能的。我也从未想过自己能研究所有的部门法史,这些年来,初步考察了近代民法的立法过程,《〈大清民律草案〉考析》、《中华民国暂行民律草案》、《清末民事习惯调查说略》等文是这一工作的总结。《民事习惯调查:民法研究的方法论之一》一文,主要是从理论上考察民事习惯调查对民法典编纂的意义,是阅读各种近代民事习惯调查报告后的粗浅思考,也放在这一部分。

《两种清末宪法稿本的发现与初研》则是一篇关于近代宪法修订的论文,该文发表后,受到了学界的关注,同时也有质疑和批评。此文实际上写于1998年末,其主体资料依据中国第一历史档案馆资政院档案中的两种宪法草案稿本。在此之前,已有北京大学历史系王晓秋教授根据北京图书馆善本室所藏的《汪荣宝日记》稿本,提出清末朝廷在《钦定宪法大纲》之外,另曾组织修订宪法即“李汪宪草”。因此,清廷曾组织起草完整的宪法已是信史。但是,经比较《汪荣宝日记》中留存的“李汪宪草”章节,资政院中所藏的两种大清宪法草案稿本并非“李汪宪草”。那么,它们会否是清廷另曾组织起草的宪法底稿呢?考虑到资政院在清末政局中的重要性,我撰写了该文,主张这两种稿本就是清末宪法草案。但以后看来,资政院档案中的稿本仅为孤证,在没有其他史料的佐证之前,这个结论被推翻的可能性较大。到了2000年,我在北京大学图书馆善本室查到了日本宪法学家北鬼三郎的《大清宪法案》,这是一本以“大清宪法”为假想题,私人编著的宪法草案。经与资政院档案中两部宪法草案稿本进行比较,其中一部仅存三个条文的残本就是北鬼三郎的《大清宪法案》的译本。这样,就推翻了我以前论文中的部分主张。但资政院档案中的另一个清宪法稿本的性质,仍然疑窦重

重。为了使学界早日了解这一信息,我随即在2001年出版的《法律史论集》(第4卷)中撰《第一历史档案馆藏清末宪法草案稿本的后续说明》(简称《后续说明》)一文澄清。到了2007年,或许因为没有看到我在《法律史论集》中的论文,尚小明先生再次根据北京大学图书馆的藏本,撰文批评我在1999年发表的论文中所犯的错误(见《“两种清末宪法草案稿本”质疑》,载《历史研究》2007年第2期)。我诚恳地接受这一批评。不过,尚小明先生同时提出,资政院档案中所藏的另一件全本的大清宪法草案稿本也不是由清廷组织,并推测可能是民间人士或团体所草拟,这个推测还缺乏依据。因此,在编辑本书时,又加了一篇小文《关于第一历史档案馆藏清末宪法草案稿本再说明》(简称《再说明》),以回应尚小明先生的观点。但我认为,尚小明先生和我之间的分歧并不大,因为,一方面,我们都不能否认资政院档案中所藏的那本宪法草案的真实性,另一方面,关于它的出身的推测,都是在没有任何其他旁证的基础上得出的。从北鬼三郎的《大清宪法案》从旁“杀出”一事,我得到不少教训。历史事实的复杂性是后人难以凭空想象的。有时候我们认为似乎已经掌握了“历史真相”,但事后却发现离“真相”的距离还很远。因此,我认为应该将1999年发表的原文、《后续说明》及《再说明》均放入本书,以便读者了解研究进展和概貌,同时也是对我今后学术研究的一个警醒。

第三部分是关于近代司法的。其中,《清末民初的县衙审判——以江苏省句容县为例》一文,是以江苏省句容县的案例汇编作为基础,讨论清末民初基层司法的变化问题。所依据的核心材料《塔景亭案牍》藏于上海图书馆,是我和北京大学法学院李贵连教授在上海调研时发现的。该文曾作为我和李贵连教授共同研究的成果发表,今承李贵连教授同意,收入该书。另外,《塔景亭案牍》作为研究清末民初县司法状况的珍贵资料,经点校后已选入李贵连教授主编的《近代司法判决丛编》,由北京大学出版社出版。这里对李贵连教授和北京大学出版社薛颖编辑再次表示感谢。《清末奉天各级审判厅考论》一文所依据的核心资料为湖北省图书馆所藏的《奉天司法纪实》(宣统元年刷印)一书,清末是我国第一次尝试建立独立的现代式司法体系,其中,省一级的审判厅又以直隶、奉天等为先。相关史实由于缺

乏第一手材料,以前只能通过留存的奏折得知。根据《奉天司法纪实》一书,则能较完整地再现清末司法改革中的复杂局面。

在近代的司法改革中,法官的选任、培养、分发等,一直是当时法学界“伤脑筋”的问题。为此,清末曾组织法官的统一考试。进入民国,北京政府又曾设立司法讲习所(1914年),负责统一培训已考取司法官资格的人员。可惜司法讲习所的档案尚未查出,无法完整呈现当时的面貌。司法讲习所于1919年前后停办。1926年开办的司法储材馆延续了司法讲习所的体制,该馆开办仅两年余又告解散,故以往学界对其所知不多。关于司法储材馆的情况,我曾在翻阅《法律评论》时看到一些零星的记载,并做了笔记。后来去北京市档案馆查找资料,意外发现了《司法储才馆季刊》。这样,结合《法律评论》中的记载,基本上可以复原司法储才馆的历史。司法储才馆之后,南京国民政府又成立有法官训练所,其目的与司法讲习所和司法储才馆大致相通,都是对已具法官资格的人员进行统一培训和考核,并为统一分发做准备。这些史实都说明,在全国范围内统一培训和分发法官,在技术上是完全可行的。关键问题是,我们是否认识到了司法统一的重要性。

事实上,司法统一和司法独立是自清末以来近代中国司法改革的两条主线。为什么在司法独立之外,近代法学家和法律工作者如此重视司法统一,这是亟须提出的问题。我将一些不成熟的思考写成《司法统一:司法改革的另一主线》,附在这一部分之后,希望对这些问题的回答提供一些线索。

本书收入的论文是在不同时期完成的,反映了作者关心的不同主题。它们之间虽有某种相关性,但还远远谈不上一种体系。不过,就我而言,倒是一直满足于这种零零碎碎的状态,没有那种将其体系化的愿望。承蒙元照出版公司的聂鑫先生,愿意为本书出版提供方便,在此深表感谢。侯春杰编辑对本书进行了仔细的审阅,并提出了很多很好的修改意见,在此一并表示感谢。

2007年9月10日于上海思颜堂306室

目 录

法学与法学家

近代中国法学语词的生成与发展 3

- 一、感知阶段:1800 年至 1860 年间的《五车韵府》与《各国律例》 3
- 二、整合阶段:1860 年至 1900 年,以罗布存德氏《英华字典》为主线 6
- 三、改造和平衡阶段:1900 年至 1911 年,中国第一批法律辞典及其他 11
- 四、近代中国法学语词发展过程的启示 23

19 世纪末 20 世纪初的民权概念 35

- 一、“民权”小释 35
- 二、戊戌变法时期的“民权”概念 43
- 三、严复的民权观 52
- 四、小结 63

沈家本的人格平等观 67

- 一、平等:一个让沈家本回避的问题 67
- 二、形式平等:善恶与贫富之议 73
- 三、人格:西方的?抑或中国的? 79
- 四、结语:曲折的解释 87

清末修律中的吉同钧 91

2 近代中国的法律与学术

简评礼法之争 102

一、劳乃宣的“反映论” 102

二、杨度的“进化论” 103

三、沈家本的“会通论” 108

四、结语 112

近代法学家关于“中国古代有无民法”的讨论 113

法律修订

两种清末宪法稿本的发现与初研 125

一、清末立宪史的研究现状 125

二、两种清末宪法草案稿本的发现及初考 126

三、两种清末宪法草案稿本的初步研究 131

四、两种清末宪法草案稿本的价值 143

附1 第一历史档案馆藏清末宪法草案稿本的后续说明 146

附2 关于第一历史档案馆藏清末宪法草案稿本再说明 149

《大清民律(草案)》考析 152

一、修订《清民草》的历史背景与肇因 153

二、民律修订宗旨的讨论及确立 158

三、《清民草》修订过程 162

四、《清民草》的内容及特点 174

五、对《清民草》的评价与再评价 177

《中华民国暂行民律草案》简析 183

一、问题的提起 183

- 二、简析《暂行民律草案》 183
- 三、民国初年围绕《暂行民律草案》的论争 189
- 四、余论 196

清末民事习惯调查说略 198

- 一、清末民事习惯调查报告的现有资料情况 200
- 二、清末习惯调查与民事习惯调查 202
- 三、安徽省民事习惯调查报告 208
- 四、结语 210

民事习惯调查：民法研究的方法论之一 212

- 一、民事习惯调查对民法典修纂的必要性 213
- 二、民事习惯调查的定位 219
- 三、民事习惯调查的意义 228
- 四、结语 231

司法改革

清末民初的县衙审判 ——以江苏省句容县为例 237

- 一、“呈文”与“通告” 239
- 二、“指令”之研究 243
- 三、“庭判”之研究 247
- 四、余论：江苏省县级司法之兴废 250

清末奉天各级审判厅考论（1907—1911） 257

- 一、清末奉天各级审判厅沿革 258
- 二、官制与经费问题 261
- 三、四级三审制与司法统一 268
- 四、行政与司法的管辖冲突 272

4 近代中国的法律与学术

五、结论 276

司法储才馆初考 280

引子 280

一、储才馆的成立 282

二、储才馆里的学习 285

三、储才馆的维持与解散 290

四、附记：法官训练所 292

五、结语 295

司法统一：司法改革的另一主线 298

一、司法行政统一：司法改革的短期目标 298

二、司法权统一：司法改革的中期目标 301

三、司法统一：司法改革的远期目标 304

四、结语 311

资料整理

清末法学书目备考 315

一、法律法规 316

二、国际法学 320

三、法学基础理论 322

四、公法学 326

五、刑法学 330

六、私法学 333

七、司法学 336

八、其他 338

清末至民国法学家人名简录 344

法学与法学家

近代中国法学语词的生成与发展*

法学和法律作为有机的系统,是通过法学语词按一定的规则,按一定的聚合(paradeigma)关系建构而成。法学语词是法学系统的基本单位,法学意义的单位拆分只能进行到法学语词这一步。^①所以,法学系统的基本分析应该从语词着手。当然,法学语词不可能代表整个法学和法律的意义,所有法学语词的累积也小于法学系统的意义。但是,每一个系统都有不同的层面,不同层面之间又构成错综复杂的关系,将法学语词在形式上分解出来作为基础层面,以便进而对整个系统作渐进的剖析是应当被允许的。

从法学语词的形成与发展看,近代以来的中国法学语词可以分成三个基本阶段:(1)感知阶段。时间大约为1800年至1860年,代表文本是《华英字典》和《各国律例》。(2)整合阶段。时间大约为1860年至1900年,代表文本是罗布存德氏的《英华字典》系列。(3)改造和平衡阶段。时间大约为1900年至1911年,代表文本是中国第一批法学辞典。以下试详析之。

一、感知阶段:1800年至1860年间的《五车韵府》与《各国律例》

从法学移植的角度来说,1840年林则徐组织翻译的《各国律例》无疑是近代西方法学传入中国的起点。《各国律例》的翻译工作主要以袁德辉为主,参照美国医生伯驾的译文完成。^②但人们要问,袁德辉的翻译又以何为

* 该文曾发表于《中西法律传统》(第一卷),中国政法大学出版社2001年版。

① 比如,“不动产”这个词是有法学意义的,人们看到这三个字组合(syntagme)在一起,立刻会联想到它的法学意义是指法律规定的不可移动的物。一旦“不”、“动”、“产”三个字分开,虽然各自也有独立的含义,但已经失去了法学系统中的专门意义。又或者,将“不动产”拆分成“不”和“动产”,尽管“动产”是法学词语,但却与“不动产”的意义根本不同了。

② [挪威]鲁纳:《万民法在中国——国际法的最初汉译,兼及〈海国图志〉的编纂》,载《中外法学》2000年第3期。

据呢?可见,在探寻中国近代法学语词形成时,《各国律例》还不能作为最早的依据,必须再往前追溯。实际上,从近代中西文化交流的角度看,远在1800年以前,西方传教士就在南方中国及东南亚一带活动,这些传教士出于向西方介绍中国和在亚洲传教的目的,有组织地开展了大量文化交流工作,如将《论语》、《大学》等中国经典翻译成英文,以及把《圣经》翻译成中文等。翻译工作不但是文化交流之始和之基,而且本身就是文化交流的重要组成部分。它把各自文化中的独特观念在异文化中找到意义相应或相近的替代符号,使不同文化之间的交流成为可能。其中,当然包括了政治法律观念的交流。所以,传教士的翻译工作实为近代中西文化交流之肇端,其时间可以追溯到1800年以前。^①至19世纪初,已经有大量词汇形成相对固定的翻译方法,于是有了进行整理汇编的可能和必要,近代首批汉英字典就在此背景下应运而生。^②其中,最重要的当推英国传教士马礼逊编辑的《华英字典》。^③这套大型字典的发行,为中西文化交流建立了一个广阔的理解平台。同时,通过这套字典,初步构成了一批中英对应词汇,使得西方的一些观念初次在汉语中找到了对应符号,意味着这些观念有了进一步被固定和阐释的机会。当然,一些法律词汇的对译也在该字典中初步形成。由于有理由相信袁德辉会参照这套字典翻译《各国律例》^④,更使得该字典不但对认识早期法学翻译情况意义非凡,同时对近现代中国法学史的梳理工作也有重要帮助。

① 熊月之:《西学东渐与晚清社会》,上海人民出版社1994年版,第93—100页。

② 本文以汉英字典为考察对象,是因其系统性和完整性可以作为这一时期中西文化交流的代表文本。但应该注意到,大型汉英字典以及大量对应西方法律语词的汉语词汇能够产生,是以汉语在此前已经与拉丁文、西班牙文、葡萄牙文、德文、法文等多语种的长期交流为条件的,限于本文探讨目的,对此问题不作展开论述,相关的研究成果参见田涛:《17世纪以来西方人眼中的中国法律》,载《法学前沿》2000年第1期。

③ 该字典分三部分,第一部分名《字典》,系据嘉庆十二年(1807年)刊刻的《艺文备览》翻译,汉英对照;第二部分名《五车韵府》,英汉对照;第三部分名《英汉字典》,英汉对照。三部分相继于1815年、1819年、1822年问世,共2500余页。

④ 1818年,马礼逊筹资开办的英华书院(The Anglo-Chinese College)在马六甲开学,1820年,袁德辉曾到该书院学习拉丁文和英文。这一时期,正是《华英字典》出版的时候。