

二十世纪中华法学文丛 ⑬

梁启超法学文集

梁启超 著 范中信 选编

中国政法大学出版社

二十世纪中华法学文丛

梁启超法学文集

梁启超 原著

范忠信 选编

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

梁启超法学文集/梁启超原著;范忠贞选编. —北京:
中国政法大学出版社, 1999. 10

ISBN 7-5620-1919-3

I. 梁… II. ①梁… ②范… III. 梁启超-法学-思想史-文集 IV. D909.2-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 64784 号

责任编辑 丁小宣
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 军事科学院印刷厂

开本: 850×1168 1/32 12.375 印张 310 千字

2000 年 1 月第 1 版 2000 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1919-3/D·1879

印数: 0001—3000 册 定价: 22.00 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088 电话: 62229803 或 62228801

声明: 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装, 由本社发行科负责退换。

纪念戊戌变法一百周年

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 20 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。4 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 6000 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 30 余年，中国法律和法学一派凋零。70 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辩读。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，亦有损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“20 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 20 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 50 至 70 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 50 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 20 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 20 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 6 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

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 20 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之，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、原书某些附录确无保留必要者，不再编入，但加注说明。

认识法学家梁启超

范忠信

很少有人认识法学家梁启超。

梁启超是中国近代学术史上首屈一指的百科全书式的大学者、大思想家。他对中国近代哲学、政治学、经济学、史学、文学、社会学、宗教学、伦理学的开创性贡献，是无与伦比的。这一切，人们都已认识到了。但是，作为一代法学大家的梁启超对中国近代法学的开创性贡献，人们至今并未认识到。

至今没有一部《中国法学史》来为我们一一考察自戊戌变法以来对中国法学作出过重要贡献的名儒大师们的法学成就。迄今为止对中国法律史和法学史的研究，仍仅局限在对法律规范变革及法律思想是非的研究范围内。梁启超仅被作为一个有“法律思想”的历史人物介绍给人们：他的“变法图存救亡”思想，他的“君主立宪”思想，他的“新民”思想，他的“法治”“人治”并行主张……等等。至于他对中国近代法学特别是法理学、宪法学、法史学、国际法学的开创性贡献，至今没有一部著述正式论及，没有一部著作曾正式称梁启超为法学家。

当此戊戌变法百年纪念之际，我编选这本《梁启超法学文选》，就是为了让人们认识这位杰出的法学家。认识这位法学家，不仅是为了对梁氏作出客观准确的评价这一目的本身，也是为了使我们能

更加全面深入地认识了解中国近代法学的发展历程。

梁启超是一位杰出的法学家，他的众多法学著述及这些著述产生的深刻影响，使他无愧于这一“追谥”。

说到中国近代法学家，人们首先想到的便是沈家本、严复。再往后列举，人们会想到伍廷芳、董康、江庸、吴经熊、王宠惠等人，不会想到梁启超。其实，梁启超对中国近代法学的贡献，不在沈家本之下。

(一)

梁启超的法学贡献，我们可以首先从其所涉猎的法学分支学科领域的广阔程度去考察。

梁氏一生的法学著述，至少在 300 万言以上。仅就篇幅而言，不亚于沈家本的《历代刑法考》、《寄簪文存》及少量未刻法学文稿。至于严复的《〈法意〉按语》及《侯官严氏丛刻》《严侯官全集》中少量法学论著，在篇幅上远不能与梁氏相比。本书的末尾附有梁氏所有法学著述的总目录，读者可以从这份目录中看出梁氏所涉猎的法学领域是何等广阔。从这份目录上看，梁氏一生至少涉猎了以下法学领域：1. 法理学，著作有《法理学大家孟德斯鸠之学说》、《中国法理学发达史论》、《论立法权》等。2. 宪法学，著作有《各国宪法异同论》、《宪法之三大精神》、《中国国会制度私议》、《立宪法议》、《宪政浅说》、《立宪政体与政治道德》、《责任内阁释义》、《开明专制论》等等。3. 行政法学，著作有《官制与官规》、《外官制私议》、《资政院章程质疑》、《城镇乡自治章程质疑》、《改盐法议》、《省制问题》等等。4. 法史学，著作有《论中国成文法编制之沿革得失》、《管子传》中对“管子法治主义”的述论，《先秦政治思想史》中对儒墨道法四家法律思想的述论等等，还应包括

对亚里士多德、孟德斯鸠、边沁、康德、伯伦知理（今译布伦奇里）等西方先哲的政治法律思想的系统研究述论。国际法学，著作有《国际联盟评论》、《西南军事与国际公法》、《国际立法条约集序》、《日俄战役于国际法上中国之地位及各种问题》等等。

在上世纪末到本世纪初，当那旧学术迅速式微乃至消亡而新学术一切草创之际，一人涉猎如此广阔的法学领域，除梁启超以外，恐无第二人。这里我们只需比较一下沈家本和严复，便知此种评价不虚。沈家本的《历代刑法考》，号称 80 余卷，均属法制史著作，且仅系考证。《寄簃文存》8 卷，除部分属法史著作（如《法学盛衰说》、《释虑囚》等）外，均属刑法学著述，且多为序、跋，不是正规的学术论文，仅《论故杀》、《论附加刑》、《死刑惟一说》、《误与过失分别说》等几篇可视为法学专论。但都比较短。从这些论著可以看出，其法学研究基本上不出刑法和刑法史的范畴，并没有关于法理学、宪法学及部门法学基本问题的系列长篇研究论著。严复呢，情形更不必说，其《〈法意〉按语》只断续支离地记下了他关于法理、宪法、刑法等一些问题的零星观点，《侯官严氏丛刻》中也没有一篇真正的法学专论。比起梁启超的系列长篇法学著论来，沈家本和严复的著作明显不及。

（二）

梁氏的法学贡献，我们还可以从他向国人引介西方法律学说的成绩及他对近代宪法学说的把握这一角度来认识。

说到引介西方法律制度及学说，人们也是首先想到沈家本和严复。其实，他们的贡献都不能与梁启超相比。沈家本一生没有写过一篇系统评介西方法学某一学科、某一方面或某一重大问题的论文，严复也没有。从译介外国法律和法学角度看，沈氏虽主持翻译

过许多国家的刑法、诉讼法、民商法、组织法及个别法学著作，但只是为了满足在“仿行立宪”的“新政”中修订法律时参考借鉴的技术性需要，并未对它们进行过真正的学术研究。况且，其翻译的法典和著作极少出版公布，对国人影响不大。杨鸿烈说：“沈（家本）氏是深了中国法系且明白欧美日本法律的一个近代大法家。中国法系全在他手里承先启后，并且又是媒介东西方几大法系成为眷属的一个冰人。”^{〔1〕}这一评价，若仅就立法而言，大致是恰当的。但就法律学说或学术的引介而言，“冰人”（媒人）之美名，首当归于梁启超。梁启超引介西方法律学说的范围之广，影响之深，都远超过了沈家本，更远超过了严复（严氏仅翻译过《孟德斯鸠法意》这一本法学著作）。梁氏的《各国宪法异同论》、《论立法权》、《宪法之三大精神》、《中国国会制度私议》、《法理学大家孟德斯鸠之学说》、《政治学大家伯伦知理之学说》、《乐利主义泰斗边沁之学说》等等著作，系统地向国人介绍了西方的国体政体学说、三权分立学说、责任内阁制度、国会及立宪制度、选举制度，地方自治制度及法治主义学说、功利主义法学等等，其全面深入，无人可比。尤其值得重视的是他对西方宪法学说的介绍，这是梁氏堪称中国近代最杰出的法学家的关键。在《宪法之三大精神》中，他把“国权与民权调和”、“立法权与行政权调和”、“中央权与地方权调和”三者归纳为宪法的根本精神，表明了梁氏对宪法学精义的深刻把握。懂不懂宪法学，决定了一个人能不能成为一个近代法学家，因为这是中国传统法学与中国近代法学的根本分野所在。近代西方法学，是以权力分立与制衡的宪政学说及法治主义的法理学说为基石或前提的，梁启超深刻把握了这一前提，沈家本则没有。沈氏没有写过一篇关于法治和宪政的专论。他的著作中也看不出他对西方宪法学说有较系统全面的理解。在沈氏著作中，其对西方法

〔1〕 杨鸿烈：《中国法律发达史》第二十六章。

律的评解，总是“举泰西之制，而证之于古”，^{〔1〕}常常宣称“西法之中固有与古法相同者”。^{〔2〕}这种牵强附会为中国法律及法学落后曲为辩护的心态，是梁启超所没有的。在沈家本的著作中，我们看到的几乎仍是一个全然以旧法学语言说话的法学家。除偶尔讲到外国刑法及监狱的人道主义因素以外，我们看到的几乎是与自董仲舒到黄宗羲之间所有先儒先哲一样的法律论点：“国不可无法”、“律者民命之所系”、“变法趋时”、“先王之道在德教而不在政刑”、“有其法尤贵有其人”、“赦非善政”……等等。但在梁启超的法学著作中，几乎看不到这类儒家正统法律学说思想的印记，只有民主、自由、人权、法治、宪政、罪刑法定、法律平等等等全新的近代法学概念。所以，无论是从对西方新法学的了解引介还是从对宪政学说的把握来看，梁启超都明显超过沈家本。有学者精辟地指出：梁启超虽然“并不被称为法学家”，“但他论及法的著作在清末学者中堪称丰富。……以对法的意义和作用而言，梁启超的思想深刻得多。”相形之下，“沈家本思想中始终不移的是纲常名教、春秋大义，……若要说到用法来保护人民权利、规范政府活动、限制君主权力等近代资产阶级法律观，在沈家本的著作中是根本找不到的。所以说沈家本的法律思想基本上没有超越封建主义的藩篱。而梁启超却在进行民主主义启蒙。”^{〔3〕}一个近代法学家必须是宣传新学（西学）、致力民主法治启蒙的思想家，梁氏正是这样的人，严复比较接近，而沈家本则似乎尚待别人为他“启”封建之“蒙”。

〔1〕 沈家本：《寄簠文存》卷六，《监狱访问录序》。

〔2〕 沈家本：《寄簠文存》卷六，《裁判访问录序》。

〔3〕 郑秦：《沈家本修律的历史环境及其再评价》，载 法律出版社 1990 年版《沈家本思想研究》论文集，第 143 页。

(三)

梁启超的法学贡献，我们更可以从他作为一位在野学人对当时法律实际事务的重大影响，尤其是被奉为法学权威和法律解释专家这一方面的事实去认识。

梁启超一生绝大部分时间是在野的。戊戌变法时期，梁氏最高职位是“以六品卿衔专办大学堂译书局事务”，为时不过3月。袁世凯当政初期，梁启超做过不到半年的司法总长，接着又做了不到一年的币制局总裁。段祺瑞“再造共和”后，他任财政总长，3个月后辞职。此后游历欧洲，归国后执教于多家大学，再未出任任何官职，计其一生“出仕”时间，总共不过3年。其他时间里，他或作朝廷的“通缉犯”，或作在野党领袖，或作对抗中央的护国军参议，或作大学教授。其中作“通缉犯”和“教授”的时间最长：前者13年，后者12年。在他作“在野闻人”的时间里，有几件事情很能说明他作为一个职业法学家的作用和影响。其一是，1905年10月，清政府派载泽、端方等五大臣出洋“考察宪政”。这帮头脑冬烘的僵老官僚在欧美日本游逛了9个月之后，返回国门时竟连宪政的名词术语都讲不清楚。“公款旅游”了9个月，仍向皇上交不了差，怎么办？情急之中，他们只得暗中托人转请被朝廷明令通缉的“宪政专家”梁启超帮忙。梁启超凭自己丰厚的宪法学养，代五大臣起草了一份《东西各国宪政之比较》的长篇报告，五大臣

以自己的名义上奏朝廷。^{〔1〕}其二是,1909年,清廷宣布“仿行宪政”,设立宪政编查馆。由于“当时清大吏不解宪政为何物,其馆中重大文牍,大率秘密辗转,请求梁先生代筹代庖。尤可笑者,例如当年之法部与大理院两署,常争论权限,又皆无精当之主张,而两署皆分途秘求梁先生代为确定主张及解释权限,甚至双方辩释之奏议公函,均出于先生一人之手,而双方各自诟主张之精辟。故先生当年代宪政馆及各署衙王公大臣所秘撰之宪政文字,约计有20余万言。”^{〔2〕}其三是,袁世凯复辟帝制前夕,梁启超写成《异哉所谓国体问题者》这一法学名文,从宪政的角度声讨复辟。其时梁氏已辞职下野,但其法学大家及舆论界巨子的地位必使这篇论文如一枚重磅炸弹。袁世凯得知梁氏写成此文,立即派人找到梁先生,以20万元巨款为酬,要梁放弃发表此文。梁不屑一顾,并将此文抄录一份带给袁世凯。袁氏看了文章后,气得半死,但无可奈何。1915年底,当袁氏正式开演帝制复辟戏之时,梁先生正式发表此文,震动全国舆论,大快人心,对袁氏复辟当头一击。^{〔3〕}一篇法学文章在国家政治中产生如此巨大的影响,这固然主要因为梁先生当时的巨大政治名望或影响力,但也因为他当时作为法学权威特别是法理解释者的地位。此文若以其他没有法学权威形象的政治家之名义发表,影响肯定不及此。这篇论文,犹如对袁世凯复辟之举进行一个法理上的裁决,宣告其非法和背理。

当然,梁氏的此种法学权威解释和裁决作用有时也朝“歪道”上发挥过。比如1916年张勋复辟及段祺瑞驱逐张勋主政北京以后,

〔1〕 孟祥才:《梁启超传》,北京出版社1980年版,第119页、第134页。又见《梁启超年谱长编》,上海人民出版社1983年版,第353~354页。我疑现收入本书的《各国宪法异同论》及《中国国会制度私议》两文,正与梁启超为五大臣捉刀所撰成之报告内容一致。

〔2〕 丁文江,赵丰田编:《梁启超年谱长编》,上海人民出版社1983年版,第500页。

〔3〕 孟祥才:《梁启超传》,第199页。

梁启超就曾滥用他的法学权威之地位，为段祺瑞编造了一套“再造共和”的“法理。”他声称，辛亥革命建立的中华民国，经张勋复辟已经灭亡了。现在的中华民国，是段和他领导的“讨逆军”在马厂誓师以后“再造”出来的。因此，不能按全国舆论的要求恢复国会，而应仿照辛亥革命的先例，首先召集临时参议院，重定国会组织和选举法，再行召集新国会。^{〔1〕}这种解释，显属歪曲法理。这一解释显然给段祺瑞一意孤行搞出“安福系国会”撑了腰，壮了胆。

梁氏作为法律解释权威或在野法学家的上述事实，多少有些象我国汉代大儒董仲舒解释法律的故事。“仲舒在家，朝廷如有大议，使使者及廷尉张汤就其家而问之，其对皆有明法。”^{〔2〕}董仲舒未尝不可以看成一个用儒家经义解释法律的在野法学大师。梁启超的情形，与之相类。此种情形或许也与古罗马时期在野法学家的解释法律事务很相似。梁启超虽然没有得到“公开解答法律的特权”，但其对法律问题的解释的影响力是与古罗马法学家所为解释相似的。这种在野法律解释权威，有时不是任何官授权威或职务权威，主要是个人才能和名望决定的权威，这也许正是一个法学家之所以应视为法学家的关键。古罗马的职业法学家大多并无官职，大多正是个人学术理论造诣决定了其作为在野法律解释者的权威或地位。皇帝的“授权法”或“引证法”只是事后对其中少数人的这种权威作一种官方认可而已。在这一方面，沈家本主要是作为一名在朝的“立法技术性专家”，作为法学家的味道也许并不比梁启超更浓。

〔1〕《梁启超传》，第253页。

〔2〕《汉书·董仲舒传》