

西南民族大学法学院学术文库

近代
中国

JINDAI ZHONGGUO
FALIXUE DE CHENGZHANG
XUEKE LIUPAI HE TIXI

法理学的成长

——学科、流派和体系

高燕 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

西南民族大学法学院学术文库

本书承蒙西南民族大学中央高校基本科研业务费专项基金
资助项目的资助 (2014SZYQN108)

近代
中国

法理学的成长

——学科、流派和体系

高燕 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

近代中国法理学的成长:学科、流派和体系 / 高燕著.
—北京:法律出版社,2014.9
ISBN 978-7-5118-6928-9

I. ①近… II. ①高… III. ①法理学—研究—中国—
1862~1949 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 225814 号

近代中国法理学的成长——
学科、流派和体系
高 燕 著

编辑统筹 政务出版分社
策划编辑 刘 雪
责任编辑 刘 雪
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 吕亚莉

开本 850×1168 毫米 1/32
印张 9.625
字数 250 千
版本 2015 年 4 月第 1 版
印次 2015 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

重庆公司/023-65382816/2908

深圳公司/0755-83072995

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5118-6928-9

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

新的文化承载者接受一些有持续性的要素,同时也导致它们的变异:每回历史上的相遇,都是有创意的误解。

——〔德〕F. Wieacker

本书的写作缘于笔者多年来在法理学研究和教学中的一些感受与困惑。困惑之一是法理学作为引领整个法学发展方向的学科,且是法学专业学分最重的专业必修课,为何给学生留下的却是枯燥乏味的印象,以至于有人讲优秀的学生特别“不应该学所谓中国的法理学”。尽管一些高校对法理学课程进行了改革,将法理学一分为二,本科生初入大学之时对其讲授《法学导论》或《法理学导论》,升入高年级再对其讲授《法理学》或《法理学原理》,可这样的努力收效甚微。这恐怕是每一个从事法理学研究的法律学人的尴尬和苦闷。困惑之二在于法理学教科书体系的频繁变动。在改革开放后恢复法学教育的三十多年时间里,高校法理学教科书体系几经变动、知

识内容多次调整,很大程度上是西方各种法学理论的简单混杂。早期的法理学教科书阶级色彩浓厚,其后一段时间的法理学教科书又深含西方近现代法学的意蕴,目前的法理学教科书又极具中国社会主义特色。这种频繁的变动不应该是一门成熟的学科应有的学术品格。困惑之三在于法理学这门学科究竟能带给学生较部门法学更有效的法律方法和法律思维,还是应提供更多的有关法律的智慧。师者,传道授业解惑也,然而,在对“什么是法理学”、“什么是中国的法理学”这样的“简单”问题也难以作出令人满意的回答时,师者又何以解惑呢?所有这些困惑让法理学教研者不得不疑惑当代中国法理学究竟怎么了?不得不思考“当代中国法理学究竟应当如何?”这样一些基本问题。

清末民初时期国人学习西方近代法理学,新中国成立以后我们学习苏联法律理论,改革开放后又学习西方的现当代法理学。一方面,我们始终是在用外来的话语和范式阐释中国的问题;另一方面,因为中国法理学的发展中出现的知识和学术上的断裂,致使我们在不同时期采用了不同的解释范式。因此,出现上述困惑便在所难免,因为我们并未建立起属于中国自己的法理学,亦未能创立中国自己的叙事语境。不仅如此,我们甚至对法理学在中国的发展历史都未能有清晰而完整的认识。众所周知,法理学是近代中国在西学东渐背景下迫于外来压力被动产生的,至民国时期渐趋成熟。欲了解中国法理学的发展历史,必然要从那一段时期开始。然而,法理学在中国近代最初的那一段成长历史,因为种种原因长时间未曾被人提及,几乎成为被遗忘的一页,直至近年才稍承学界之关爱。作为一个长期从事法理学教育和研究的法律学人,面对此情此景理当有所行动,遂欲管窥近代中国法理学成长历史并以此作为博士论文之研究方向。对于一个缺乏治

史专业知识的人,研究历史的难度是可想而知的,于是本着学习的态度,怀着极大的兴趣开始了中国近代法理学成长史的学习研究和本书的写作。

研究历史首要的在于史料的收集与掌握,由于历史的原因,关于那一时期法学史料尤其是法理学的史料收集查阅极其困难,更增加了研究的难度。不过,随着资料的收集整理和学习研究的不断深入,我由衷地感叹于近代法律学人对学术的真诚品格,钦赞折服于他们的时代担当精神,这也冲淡了史料收集的烦扰,增强了深入研究的动力。近代时期的法律学人大多博古通今、学贯中西,在中西文化剧烈冲撞、国内社会动荡不安的千古未有的时代大变局下,他们始终秉承“独立之精神,自由之思想”,怀抱法治救国之弘志,坚持严谨求实求新之学风,力求融汇中西,以满腔的热忱投身于近代中国的法制建设,最终建立了近代中国的法理学学科,开创了学术研究之新领域。既形成了职业法学家群体,留下了丰富的学术成果,也涌现出灿若群星的大师名家,其某些研究成果达到极高的水平,百年后的今人也难以比肩,成为只可仰望的丰碑。

手握资料繁杂,脑中思绪万千,如何将其形成书面文字,也颇费思量。一方面,近代中国法理学是在西学东渐、中西方文化大冲撞的特殊历史背景下产生,“西方化”与“本土化”、“自我”与“他者”的问题始终缠绕着近代中国法理学的产生和发展,近代法律学人的理论思考也深陷困境于其中。因此,这种特殊的历史语境是笔者在写作时不能不考虑的重要因素。另一方面,如何将近代时期的中国法理学发展面貌呈现于读者,是不得不思量的又一问题。“把一个时代的思想 and 学术归还给那个时代,以展示出时代的思想 and 思想的时代”,是本书所欲坚持的基本准则,力求客观呈现近代中国法理学的生长历程和学术面

貌,尽可能避免将自己的主观判断或现代法理思想过多地掺杂在前人的思想中。鉴于前述两点,本书力求通过对近代中国法理学文本材料的梳理、研判,尤其是影响较大具有代表性的近代学人的学术著作和法理思想的整理研究,从中勾勒出近代法理学的基本框架及其理论主题,以期对近代法理学学科的成长轨迹及其所关注的理论问题的宏观框架有一个较为完整、清晰的客观展现。进而通过对近代法律学人对中西法文化之态度、对融汇中西所做的尝试、对法学切近社会现实的努力的研究和反思,进一步检省当时法学的现实困境和理论关怀,从而更加清晰地认识中国近现代法学理论的历史起点和学术根基。

这一选题历时多年,暂将搁笔。但心中的惴惴之情并未释然,皆因学识所限,书中遗漏、谬误之处在所难免,恳请读者,不吝指正。

目 录

绪 论 1

- 一、近代中国法理学生长史的研究意义 1
- 二、“近代中国法理学”的理解向度 3
- 三、近代中国法理学研究现状 10
- 四、本书主要研究方法 17

第一章 近代中国法理学生长的历史语境 21

- 一、近代中国的社会变迁 22
- 二、近代中国法理学生长的本土资源 30
- 三、近代中国法理学生长的域外资源 35

第二章 草创——法理学学科出现之显性表现 73

- 一、近代中国法理学与近代中国法学教育相伴而生 74
- 二、学习模仿：本土法理学教科书 82
- 三、开辟性贡献：挖掘中国传统法理思想的学术专著 92

第三章 形成——法理学学科体系渐趋完备 100

- 一、本土法理学著述数量大幅增加 100
- 二、法理学研究队伍专业化程度提高 104
- 三、法理学学科框架基本定型 106

第四章 成熟——法理学的本土化研究及其理论自觉 113

- 一、学贯中西的法学家及其著述 114
- 二、“不可捉摸之灵魂”：近四十年法理学发展状况的检省 128
- 三、以“世界之眼光”，思考“中国之问题” 130
- 四、“中国本位”法理学的理想图景 133

第五章 近代中国法理学的知识体系 141

- 一、近代中国法理学知识体系的探寻 142
- 二、近代中国法理学知识的显现 143
- 三、近代中国法理学知识体系的逻辑建构 147

第六章 法理学基本范畴在近代中国的研究 150

- 一、学科名称及其研究对象的厘定 150
- 二、法律的概念及本质 160
- 三、法律与道德的关系 179
- 四、权利：在个人与社会间选择 185
- 五、法治：徘徊在理论与现实之间 207

六、法学研究方法之近代探索 230

七、近代中国之法理学学术派别 239

第七章 过渡时期的近代中国法理学 259

一、近代中国法理学在“救亡图存”的时代主题下被动产生 259

二、东西文化冲突中近代中国法理学理论渊源的“二元性” 261

三、“西学东渐”背景下近代中国法理学的“西方”范式 264

四、“西学”主导下的法理学理论研究偏离了中国社会现实需求 265

五、近代中国法理学是学科史上的过渡性阶段 269

结 语 271

本书主要参考文献 279

后记(致谢) 294

绪 论

一、近代中国法理学生长史的研究意义

“一个没有过去、没有历史的法律和社会是一个不实际也不健康的法律和社会。”^①只有知史,才能鉴今;只有返本,才能开新。中国法理学研究也是如此,必须建立在法理学史的基础上。对于现今任何一位从事法理学研究的人来说,他都不可能超越法理学史上所有学者研究成就的总和去创造出一种全新的法理学,一种割断与法理学史相联系的法理学是没有根基和前景的。在中国法理学研究中,这种没有根基,表现为缺乏对作为法律实践主体的中国人自己生活经验和既有法理学理论研究成果的重视;这种没有前景,表现为我们的法理学研究至今还没有破解“中国法学向何处去”的迷局。中国法理学研究处于一种事实上的学术断裂之中。这种断裂表现为对近代以来中国法学、法理学的发展历史缺乏

^① 黄宗智:《过去与现在:中国民事法律实践的探索》,法律出版社2009年版,第5页。

足够的认知和充分的尊重,当今的法理学研究的某些环节在一定程度上仍然重复着历史的印迹。正如已经意识到的那样,“如果要检讨中国法学,拟从中发掘出真正有价值的经验教训,藉以为今日之诸如‘向何处去’的疑问提供有说服力的解答的话,非得放在百年来我国法学发展的语境中予以通盘考量”。^①

作为近现代法学学科之一的法理学是在“西学东渐”的过程中,随着西方的学科分类模式和学术研究方法在中国的影响不断深入,特别是近现代教育设立法科之后才逐渐形成的,是西方法学知识传统和学科模式引入中国的结果。尽管当时中国的法律学者在法理学研究上的原创性成果尚未形成足够规模,但中国法理学随着近、现代法学教育的产生,以中国传统的法律理论和法律思想,以及外来法律文化尤其是西方的法理学的认知作为学术基础,在20世纪前半叶的发展取得了丰硕的成果。但法学界普遍缺乏对该时期法学特别是法理学的基本认识,成为“被遗忘的精华”。因此,对近代中国法理学的研究成果进行挖掘、整理^②和重现,明辨近代中国法理学产生发展过程的特殊性,并对之加以评判,具有重要的学术价值和实践意义。

有鉴于此,本书的研究主题就是考察在“西学东渐”背景下,西方法理学传入中国以后,中国学者是如何对其进行翻译、介评以及本土化尝试的。申言之,本书试图运用“西方化”与“本土化”、“中学”与“西学”、“自我”与“他者”等概念分析工具,较为深入地对近代中国法

① 焦宝乾:“‘中国法律理想图景’评议”,载《分析与批判:学术传承的方式》,北京大学出版社2006年版,第159页。

② 胡适在《新思潮的意义》一文中,对“整理国故”的“整理”两个字,下过一个定义:整理就是从乱七八糟里面寻出一个条理脉络来;从无头无脑里面寻出一个前因后果来;从胡说谬解里面寻出一个真意义来;从武断迷信里面寻出一个真价值来。本书若能达致先生所说十之二三,就不虚此笔。

理学的生长过程进行整体性研究,通过对近代学者及其著作中法理学理论主张的梳理,对近代中国法制进程的还原和重现,特别是法理学界对西方法学理论的基本认识、对中国传统法文化的基本态度、对融通中西法学所做的尝试等的研究与反思,进一步检省当时法学的现实困境和理论关怀。从而更加清晰地认识中国近现代法学理论的历史起点,包括在此背景下,中国法理学家自我主体意识的形成。作为一种学科成长史,本书的任务一方面是从学科创建的角度,对中国近代的法律理论进行梳理和研读,以展现近代中国法理学的产生发展脉络和主要研究成果;另一方面是对研究对象重新排序,赋予其新的意义,并探寻其理论言说背后所指向的问题,即近代以来众多的法理学著述究竟关注了哪些法理学问题、形成了哪些法学理论?

二、“近代中国法理学”的理解向度

(一)“近代”的概念及其时代主题

“近代”最初作为分析和描绘西方历史发展过程的一个概念,在黑格尔、马克思以及圣西门那里,它的特征体现在英国产业革命所带来的经济的、社会结构的变化,以及法国革命的政治改革带来的自由、平等的精神。这一时代所产生的各种各样的特征,统一称之为“近代精神”。日本学者竹内好指出,“所谓近代,就是欧洲在把自己从封建体制中解放出来的过程中,将区别于封建的自我树立为了真正的自我,在历史之中对它加以凝视的一个自我认识”。^①而广大的非西方世界包括中国,也在不断的回应抵抗中被纳入了世界历史的进程当中,开始了自己“挫折的近代”。这些回应包括洋务、自强、维新、变法、立宪、

^① 转引自〔日〕高坂史朗:《近代之挫折:东亚社会与西方文明的碰撞》,吴光辉译,河北人民出版社2006年版,第148页。

革命等。

从19世纪中期开始,西方列强,首先是英国,用坚船利炮打开了中国的国门,把中国人意外地、毫无准备地带到了一个“世界历史的全球性阶段”。“中国中心主义”和“欧洲中心主义”开始直接交锋,结果是:中国人从“睁眼看世界”到“师以长技以制夷”的洋务运动,用了差不多20年时间。从“在传统中变”的中体西用到“在传统外变”的维新变法,又用了差不多40年时间。在这半个多世纪的时间里,“中华帝国梦”彻底破碎。中国知识界、官僚阶层对待西方政治法律文化的态度在19世纪末也发生了根本性的变化。中日甲午战争时任北洋水师营务处总办的罗丰禄,光绪二十一年正月初一(1895年1月26日)在一封家书中写道:“中国自秦灭六国后,历汉、隋、唐、宋、元、明,袭用秦法,至今未改,今有欧罗巴之法出,其说与秦法刚相反,是今之变局,殆秦法、欧法废除消长之机欤?此等变局,实亘古所未闻,史册所未有也。”^①官至两广总督的洋务派人士张树声更是对违背“体用相关”、“道器一致”规律的“中体西用”说提出了根本性的异议,发出了“采西人之体,以行其用”的疾呼。^②这一变化在清政府于光绪二十六年十二月(1900年)发布的一份改革诏书中也可见一斑:“晚近之学西法者,语言文字制造器械而已。此西艺之皮毛而非西方之本源也。居上宽,临下简,言必信,行必果,服往圣之遗训,即西人富强之始基。中国不此之务。徒学其一言一语一技一能,而佐以瞻循情面,肥利身家之积习。舍其本源而不学,学其皮毛而又不精,天下安得富强。”^③

在此背景下,清政府政治法律层面的变革呼之欲出。最终,光绪

① 转引自龚郭清:《近代中国政治文明的建构——戊戌维新时期康有为政治改革思想研究》,社会科学文献出版社2007年版,第8页。

② 何嗣焜编:《张靖达公奏议(卷八)》,清光绪二十五年刻本,第33页。

③ 朱寿朋:《光绪朝东华录》(第四册),中华书局1958年版,第4601~4602页。

二十八年四月,清廷颁布上谕:“现在通商交涉,事益繁多。着派沈家本、伍廷芳将一切现行律例,按照交涉情形,参酌各国法律,悉心考订,要为拟仪。务期中外通行,有裨中外治理”。由此开始了一场大规模的以仿效西方法制为特征的清末法制改革,揭开了中国法制近代化的序曲。

正是在这样不断回应的过程中,东西方文化互视与冲突——主要表现为西方的挑战与东方(中国)的回应,及其冲突的结果——“西方化抑或本土化”,遂成了这一时代中国所面临的最为迫切的问题,也是这一时代的主题。近代的时代主题可以概括为以下三项内容:一是因为西方的强势入侵,救亡成为中华民族的首要任务,寻求民族独立与平等,遂成为中国近代史的第一主题;二是中国社会由此被迫纳入世界秩序内的近代生活,自身问题暴露无遗,从而引发出向近代民族国家转型的压力,力求将传统的“文化共同体”重组为世界秩序中的政治与经济共同体;三是此种转型悉以所谓的“现代性”为衡准,其核心内容即为民主、法制与科学。此三项由外而内,由表及里,内外牵制,表里互动,共同构成近代中国社会必须面对和解决的问题核心。^①

(二) 西方作为“他者”的出现

在西方人眼里,他们一直以来扮演着发现者、探索者、征服者的“自我”角色。并用“他者”这一概念作为西方观察、了解世界其他地方的观念工具。本书站在近代中国自我的立场,姑且将西方视为“他者”,将西方的入侵视为“他者的出现”。当西方凭借武力打开中国的国门,并以强者的身份进入我们视野之后,我们在逼迫中经历了从器物层面的取法西方到制度层面的宪政、法治之制的效仿,并不自觉地

^① 许章润:“法律:民族精神与现代性”,载《清华法治论衡》2002年第1期。

投入西方这一“他者”的文化系统之中,被动地开始了近代的转型。这时,被动的中国再也无法以自身作为参照物来检省自己,而必须以强大的西方这一“他者”去审视自己的过去与未来。

这显然是一种“西方与东方”模式下“欧洲中心主义”的理解向度,这种模式过分强调了西方的外部作用,忽视了中国社会内部的渐进变化。因为在另一方面,作为一个物产丰富、自给自足的东方大帝国,在未与西方遭遇以前,中国人一直有一种传统文化上的优越感和自豪感,形成了“以中国为中心”的世界秩序观。在关于“世界秩序”问题的认识上,认为:“中国幅员辽阔,力量雄厚,历史悠久,而又资源丰富;这一切使得它成为东亚世界的自然中心。中国人和非中国人的关系便被染上了这种中国中心主义的思想 and 中国人优于其他民族的偏见”。^①

从表面上看,清末法制改革是在列强入侵、西学东渐的过程中,面对西方文化的挑战,在法律层面的一种应急反应。以沈家本为代表的法制改革家们,希望通过修律,逐步消除中法与西法之间的鸿沟,收回领事裁判权,进而搭建一个平台,确立中西法律之间对话交流的共同语言系统。这场改革所产生的大量西方式的法典法规,从形式上宣告了古老的中华法系的解体,显示了西方法文化、法制度的强大影响力。但根据汤因比在《历史研究》一书中的分析表明,任何一种社会历史的进步都是对挑战进行应战,以克服障碍的“升华”过程。这个过程是一系列的,而非一次性的;是内部的,而不是外部的。^② 既然任何社会的进步都离不开来自于外部的挑战与刺激。那么,面对西方的一次次挑

① [美]费正清等编:《剑桥中国晚清史(1800~1911)》(上卷),中国社会科学院历史研究所编译室译,中国社会科学出版社1985年版,第167页。

② [英]汤因比:《历史研究》(上),上海人民出版社1986年版,第319页。

战,我们在一次次回应中产生出社会变革的内在需求,这种变革具有深深的本土烙印,法律改革也不例外,必须是在内外因素的交织作用下,走出一条自我的法律发展之路。

(三)“近代中国法理学”的理解向度

1. 近代中国法理学与古代法理思想和当代法理学的关系

什么是近代中国法理学?它与古代中国法理思想以及当代中国法理学有着怎样的联系?

首先,中国传统法文化与西方法文化虽然属于迥然不同的两支,但中国自法律产生以来,也逐步开始了对于法律的思考和研究,形成了丰富的法律理论和法律思想。其中关于法的起源、法的概念、法的功能及作用等问题的思考和认识,便是属于后世所称的法理学问题或法理学范畴。如果以更为宽广的学术视野在更为宏观的认识框架中观察,中国古代儒家、法家、道家、墨家等学派有关法律的思想学说可以视为中国历史上本土的“原生态法理学”。但由于中国人重直觉的感性化思维方式,使得古代中国的法理思想缺乏西方式的概念体系和逻辑框架,所以表现为一种零散的、孤立的存在,未能形成近现代意义上的学科体系。但如果说“古代中国无法理学之名”,但其丰富的法律思想中包含有类似西方的一些法理问题的思考,这样的认识应是不差的。

其次,近代中国法理学是在“西学东渐”的过程中,随着西方的学科分类模式和学术研究方法在中国的影响不断深入,特别是现代教育设立法科之后才逐渐形成的。一方面,它是西方法理学的学科模式和知识传统引入中国的结果,其概念范畴、问题意识、理论框架都是西方式的;另一方面,近代中国法理学其创建的主体是中国人,“主体之创造的实践,是中国人的人格的活动。在活动中随时随地保有着自我意