

孔庆平·著

改造与适应

中西二元景观中法律的理论之思

(1911-1949)

Reform and Adaptations:

Theoretical Reflections on Law between the West and China (1911-1949)

上海三联书店

水生态与适应

WATER AND ADAPTATION

Environmental Adaptation for Sustainable Use of Water and Ecosystems (2008)

2008.12.1

改造 与适应

孔庆平 ● 著

中西二元景观中法律的理论之思（1911—1949）



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

改造与适应:中西二元景观中法律的理论之思(1911—1949)/孔庆平著. —上海:上海三联书店,2009.7
ISBN 978-7-5426-2902-9

I. 改… II. 孔… III. 法学史—中国—民国
IV. D909.26

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 137666 号

改造与适应:中西二元景观中法律的理论之思(1911—1949)

著 者 / 孔庆平

责任编辑 / 王笑红

装帧设计 / 鲁继德

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(200031)中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

http://www.sanlian.com

E-mail: shsanlian@yahoo.com.cn

印 刷 / 上海惠顿实业公司

版 次 / 2009 年 7 月第 1 版

印 次 / 2009 年 7 月第 1 次印刷

开 本 / 640×978 1/16

字 数 / 220 千字

印 张 / 16.25

ISBN 978-7-5426-2902-9/D·133

定价:32.00 元

序 一

近 30 年来,法学随着社会变革,慢慢成了广为关注的学问,其间,经过几次十分尖锐、甚至超越了法学的争论,包括当今学界的分歧,所争论的问题和结论,固然受着时空变化的影响,却未必是一时一地的现象,或许其来有自。1990 年代以来,对清末修律稍加研究认识之后,学界逐渐对民国时期的法学与法律发展状况发生兴趣。一些学者开始梳理、探讨当时的法学,发掘已经淹没了的历史资料,重新展现中国法律现代化过程中极为重要的一环,从历史的角度讲,还其本身的面貌,厘清近百年中国现代法学的辛苦历程;就现实而言,或许能提供另一种审视的角度。

庆平自入学北大,正逢其时,本书正是他多年来在民国法学研究领域的初步成果。自晚清经民国,是中国法律受到西方冲击,转而寻求新的形式与方向的重要过程,认识这个过程中的法学家及法学理论,能更清楚地认识中国法律这一转型的背景、历程和目标,从而进一步探讨在此期间理论冲突的关键所在,也可明了这一过程艰辛的原因所在。因而,对于民国时期法律理论的研究,就不是简单地呈现理论的事实,而是进一步探讨背后所隐含的理论问题,并分析各种不同的理论路径对于解决当时法律转型的作用。庆平此书也正致力于此,对民国时期总体的法学理论和个别法学家的理论,进行了概括、分析,着力探讨了民国时期法学理论所欲回答的主要问题,用文中的话来讲,就是为什么中国法律的现代转型是正当的?以此作为核心问题,本书阐述了民国时期不同的理论路径,将其大致的理论解说概括为“改造与适应”,进而,从不同的方面来说明,民国时期的法律理论夹缠在中西古今之间的困境。从书中的分析可见,无论是对

改造与适应

现代法律的辩护,还是对传统法律的倾情,都表现出了在当时社会环境中的无奈与凄惶。回顾当时法学家的心理历程和理论困境,观照当下的社会 and 理论问题,无疑是作者用意,揭示困境和疑难,无论对历史还是现实,都能避免对社会和法律问题简单化解决追求,甚至妄想。

书中对民国法律理论的评断,不能无疵,然观其集中笔墨处,无非凸显了当时学人中西古今间的纠缠,并特别提举了当时学人在中西之间的模糊认识,中国现代法律的困境正陷身于此。通过本书对民国时期法律理论的阐述,以及对其理论逻辑的质疑,与其说作者期望一个结论,不如说作者更愿意提醒:如果说肯定法律与社会及其思想之间的紧密关联,那么,应该把中西当成不同思想体系来对待?还是相同的思想体系来对待?如果相同,自不待言。如果不同,那么用一种思想去解释另一种,是否会陷入比附?而忘却其间微妙的差异,从而可能导致,表面上看来用一种思想成功的解释了另一种,实际上是用一种取消了另一种的存在?而法律在此种强行进入和解释当中,是否能够保有其自我成长的空间?其成长又依托于何种社会基础和思想基础?据此,沿着民国学人的脚步,尚需认真地清检中国古代法和西方法的传统和思想基础,方可能在实践中逐步实现所谓的会通,当然这一任务,于我们可谓任重而道远,也非一人两人所能完成。

对于本书,无论宏观还是个案的分析及其所得的结论,作者只是提出了一个梳理和分析的角度,因为此领域的研究刚刚起步,就当时理论的事实和争论而言,尚属晦昧不清,就其争论的问题及其思路,就更是见仁见智。故此,本书不过抛砖引玉的作用,对更为细致的问题,尚有待于进一步挖掘和解释。不过,从整体上观照、分析民国法律理论的发展,彰显其主题,毕竟开出了一个角度、理路,也算是可喜的成果。是为序。

李贵连

于北大燕北园

序 二

孔庆平博士希望我能够为他的书写一篇序言，这样的要求可以算是很自然的事情。读博士研究生时，他师从李贵连先生，跟我也有相当频繁的交往。他的研究领域是近代法律思想演进，而自 19 世纪中期之后的中国法律史不再是一种封闭或单纯的本国史，而是纠缠在中西古今之间，跟我的专业西方法律史也就发生了某些关联。因此，我就贸然答应了他的要求。虽然如此，到真的开始写序的时候，自己却发现这不是一件轻松的事情，因为他的书涉及到的是一些极其复杂、解说非易的大事项。

人们喜欢用两千年未有之穷劫巨变来形容近世中国社会的转型。一种延续久远并且在相对封闭状态下成长起来的古老文明受到了前所未有的挑战，打上门来的西方文明几乎是以一种毋庸置疑的力量改变了我们的历史轨迹和生活方式。清末的所谓“变法”涉及广泛，不仅仅是我们今天狭义理解的法律，不过法律毕竟还是其中相当核心的内容，也许可以说，是整个文化系统里变化最剧烈的领域。西医引进了，但中医仍然相伴而立甚至“中西医结合”；西洋音乐流行了，民族音乐还是占据着大量的演出舞台；在教育方面，传统的内容和形式也虽然受到很多质疑，但是直到今天还有倡言并且推行“读经”的人们，说明它们依旧具有相当的号召力。惟独法律是一个例外。在这个领域里，所有古典的事物几乎都送进了博物馆，从立法语言，到制度设置，一直到司法人员的行为与“行头”，都是以西方为范本而来的。这种情形自然要引起某些疑问。

在庆平的书里，他对于这类质疑有一些概括，举其荦荦大端，诸如西方模式的法律究竟是否具有普适性？如果说西方法律跟中国传统法律相

改造与适应

比具有优越性,那么这种优越性的判断依据的是怎样的标准?作为舶来品的西方法律对于中国所发生影响的途径是改造抑或是适应?这两种途径之间内在的矛盾又如何可以协调?如果以改造为主,那么合法性的依据又在哪里?法律上的中西之别是否可以简单地转化为古今之辨,从而理顺社会演进的逻辑?

不用说,这类至今仍然会周期性地提出来的问题从取法西方之初就困扰着国人的心灵。处于制度建设和观念交锋第一线的法学家更是无法回避这类问题。不过,通过本书我们可以看到,这类问题又是那种特别难于达成共识的类型。一个有趣的现象是,从事部门法学——例如民法、刑法等——研究的学者往往不甚留意传统的继承;1929年的民法典(也是今天仍然在台湾地区适用的那部法典),按照法学家吴经熊的说法,“就民法典从第一条到第一二二五条仔细研究一遍,再和德意志民法以及瑞士民法和债编逐条对照一下,倒有百分之九十五是有来历的。不是照章誊录,便是改头换面”。这样的比例表明我们的部门法早已经走上了西化的不归路。

原因何在呢?是西方列强压迫使然,抑或立法者图省事、找捷径,把立法等同于翻译?庆平在书中甚至用“知识的傲慢”、“现代的傲慢”以及在西方面前的自卑感使得我们丧失了“反省能力”来概括近代以来我们的法学心态。不过,个人的观察,还是旧有的文化与制度本身的缺陷构成了我们不得不如此的最重要原因。最近一段时间,我比较集中地阅读了一些明末至晚清到过中国的一些西方人写中国的作品,例如美国汉学家卫三畏(S. Wells Williams)的《中国总论》,这部初版于1847年的作品描述了古典中国的方方面面。那里不存在严格的财产权利保护的制度,没有保障交易安全的细致规范,官员鱼肉百姓,衙役横行乡里,司法程序简陋而充满压迫感,死刑的执行残酷野蛮,监狱就是人间地狱……整体而言,那样的治理模式就是一种前法治状态。所以,近代所发生的体制转型就是一个实现宪政和法治过程,已经实现了宪政和法治的西方理所当然地成为我们效法的榜样。有榜样是幸运的,因为让我们有所借镜;但是,榜样的无所不在也是一种不幸,因为它会让我们感到郁闷,让我们自尊心受到伤害,甚至让我们感到只能模仿,仿佛丧失了创造力。如何走出这种

困扰？

实际上，如果我们从功能的角度看问题，也许事情要简单得多。不妨拿司法独立做例。这样的制度固然首先发生在西方，但是某种中立的纠纷解决机制却在许多地方都看得到，也是社会的一种自然需求。司法裁判要树立正义的准则，就必须遵循至少在一定程度上统一的逻辑，从而让类似的案件得到类似的处理。而法律之外的任何干预都会破坏案件处理的统一性，也就弱化了司法机制在塑造良好的社会秩序方面的功能。另外，从权力与责任的结合去观察，也会清楚地看到，只有法官独立，才能有效地激发裁判者的责任意识，因为在独立的条件下，决策权会得到明确的界定，那样的人身属性避免了推诿心理的发生。因此，今天我们要实现司法独立，并非由于学习西方，而是因为不如此，我们就无从达致司法制度的设置初衷和基本目标。

当然，法律制度中一定有某些部分更多地展现着我们的历史，尤其是在实际运行中人们所使用的手段，“中国特色”总会让外来制度变形甚至完全扭曲。不过，放在一个更长远的历史背景上，我们终究可以看到，“适应”也许不过是“改造”的前奏，换句话说，两者可能是主部主题和副部主题的关系，它们的互动使得我们的法律变迁过程更加生动和富于张力。比任何学理论争更重要的是人权的保障、自由的拓展和人民福祉的提升。我们读民国时期的法学著作，可以看到那么多的文化困惑，但是在如今的台湾地区，这类困惑却几乎消失了。其中原因也许很值得我们三思呢。

贺卫方

2008年立秋

目 录

序一	李贵连(1)
序二	贺卫方(1)

上 篇

导言	(3)
一、历史与现实的困境	(3)
二、研究的现状	(7)
三、本书的问题、方法及结构	(10)
第一章 法律如何有效以及正当:改造或适应	(15)
一、社会现实与法律困境:中西的冲突?	(17)
二、中西还是古今:在特殊与普遍之间?	(22)
三、西方法律之于中国何以是正当的——改造或适应?	(33)
四、民族心理、个人独立人格与社会进化?	(47)
第二章 个人或社会:如何远离中国?	(55)
一、个人与社会何以成为问题?	(58)
二、社会本位如此值得青睐?	(65)
三、个人或权利本位构成威胁吗?	(72)
四、个人与社会:中西以此判然分别? ——我们需要如何 重新思考	(77)

改造与适应

第三章 在习惯与价值诉求之间:事实与价值的对抗?	(85)
一、习惯在法律中的地位	(89)
二、习惯何以对抗价值?	(99)
三、法律的内容及其如何正当	(108)
四、意见何以分歧	(113)
第四章 礼治、德治与法治:基础和目标	(117)
一、法治、德治关乎道德?	(119)
二、法治、德治关乎历史与现实?	(125)
三、法治如何实现?	(131)
四、法治何以正当?	(136)
第五章 现代法律完成的希望:学说与实务的担当	(141)
一、陷于西方知识中的法学研究	(145)
二、在概念法学与社会之间	(151)
三、中国司法实务的困境与任务	(155)
四、一种尴尬的期待	(162)
结语	(166)

下 篇

一、道德抑或信仰:面对政治行动的法律理论	
——王伯琦《近代法律思潮与中国固有文化》疏解之一	(177)
二、作为手段或目标的治理:德治、礼治与法治	
——王伯琦《近代法律思潮与中国固有文化》疏解之二	(197)
三、中西之争向古今之争的转变	
——蔡枢衡的法学理论之解读	(219)
参考文献	(240)
后记	(246)
补记	(248)

上篇

导 言

一、历史与现实的困境

戊戌变法之时,国人就以“穷则变,变则通,通则久”自励,然而,直至今天,仍然只是处在“穷则变”的状态,几乎还从没达到“变则通”的境地,却往往能看到变亦不通的场景,至于“通则久”的效果,似乎一百多年来,从来没有成为现实,而只是梦想。就连这变的过程也不断为我们所否定,最后这变的踪迹,除了我们给他加的几句否定评语,大加挹伐或不予理睬以外,也被历史所淹没。因而,一百余年来,我们不仅与古代传统发生了断裂,就是与近代之初的变革,也存在着巨大的隔阂,甚而很多有效的资源,也被我们斥之落后而抛弃,致使本可慢慢积累的新传统,无法形成。

萨维尼说:“历史,即便是一个民族的幼年,都永远是值得敬重的导师……只有通过历史,才能与民族的初始状态保持生动的联系,而丧失了这一联系,也就丧失了每一民族的精神生活中最为宝贵的部分。”〔1〕然而,近代以来,我们所专注的是不断抛弃、割裂这种联系,而不是保持这种联系。在一波又一波的进步浪潮中,我们不断弃旧迎新,致使我们孤零零地面对现在。从某种意义上讲,当我们忘记过去,而置身于无边的现实主义之中,是可怕的。因而,为了服务于将来和现在,而不是削弱现在或是损坏一个有生气的将来,就有了解过去的欲望。这是一个时代、一种文化和一个民族与历史之间的天然联系,无论这种了解和联系,是通过纪念、怀古、还是批判而获得,历史始终都是生活目标的一种参考。〔2〕但是,它

〔1〕 萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社,2001年,页86—87。

〔2〕 尼采:《历史的用途与滥用》,陈涛、周辉荣译,上海人民出版社,2000年,页25。

并不只是客观的存在,而需要我们注入心灵的内容,方可获得真正的生命。只有我们愿意去了解,它才能向我们敞开怀抱,在其中或可能寻到现实之所以如此面貌的思想轨迹。

就法律而言,从本质上讲,就是人类生活本身。^{〔3〕}不同的生活形成了不同的法律,不同的法律构成了不同的秩序与意义,不同的秩序与意义构成了不同的生活。因而,法律既是生活本身的结果,又是生活秩序与意义的载体,社会生活自内部塑造和制约着法律,法律则自外部承载和维持着社会生活的结构 and 价值。无论社会生活还是法律,都存在着时空的差异。在历史的自然演变中,社会生活与法律之间的不合与齟齬,一般不表现为剧烈的冲突,法律常常通过传统中寻找资源,以适应社会生活的变化,社会生活也就在不知不觉间呈现出新的面貌,逐步形成新的法律和价值。在时间的脉络中,我们不难观察法律在其间的变化。在空间的向度上,社会生活及其法律的不同,则表现出复杂的情形,法律如何穿越自身赖以形成的社会生活,而适应于其他不同的社会生活?如何整合外来法律与本土法律?而且,在什么情况下,只得放弃本土法律,而继受和接纳外来法律?这都是令人困惑和棘手的理论和实践问题。然而,对于一个继受外来法律的社会或国家,却是一个不得不探究和回答的问题。

我国的法律传统,不可谓不久远,其与我国社会的相辅相成,不可谓不亲密;相较于世界其他法系,不可谓不独具特色而影响深远。^{〔4〕}然而,近代以来,面对西方入侵的难局,响应现代社会转型的需要,我国的法律,从形式到实质内容,从概念到精神,都发生了整体而巨大的变化,不再是与本国历史相连接,从本国社会生活中逐渐生长出的一套规范体系,而主要以西方法律为蓝本,以西方法律观念和原则为主导制定的。其中,有些法律的具体条款就是直接借用而来,与我国固有的法律传统迥然有别。而固有传统所能提供的资源极其有限,甚至从思想上,这种资源本身也受到摒弃,成为被改造的对象。在这一法律变革过程中,相对于德国继受罗马法,从而得以现代化,少了几分幸运和从容;相对于美国法律的现代自我转型,又少了几分基础和智慧。

〔3〕 同注1,萨维尼前引书,页24。

〔4〕 请参见杨鸿烈著《中国法律在东亚诸国之影响》,中国政法大学出版社。

当然,造成这种情况,主要因为我国向无法律研究的传统,历代王朝皆以礼治相标榜,期以无讼为鹄的,法律向来不受重视,其传承多存于幕师之手,实用的目的多于理论的兴趣。^{〔5〕}加之就正式的国家法而言,法律始终不脱刑事法为主,德主刑辅、明刑弼教的附属性地位。法律研究始终未能得到精英阶层的特别眷顾,虽然,民间诉讼在在多有,大于礼治之事绝非少见,^{〔6〕}民间社会本身也自然生发出切近生活的民事、商事习惯,在某种程度上,这些规则也得到了国家的承认或默认。^{〔7〕}但是,并没有发展出一套严密的法律理论,在相当程度上,法律是一种技艺。

在这样的传统环境里,法律思想就更无从得以深入发展,支撑法律价值的全在于传统道德。所以,清末法律改革之时,国人尚无能力从理论上接纳西方法律,但由于外敌压境,领事裁判权如鲠在喉,既没有人力,亦不得时间,仔细参详中西法律,以定去取。匆促之间,急取西方法律以改造旧律,旧律中的有效成分难以转化,适成新旧之间的断裂。同时,社会生活尚未发生重大变化,风教、信仰还停留于传统,适成新律与社会的不适合。尽管现代法律体系在民国时期得以完成,然而历史传统和社会风习不再是法律正当性的自明来源和基础,反而成为法律克服的对象。其间,相对于历史与社会,法律都更像一个孤儿或无根的游魂,难以真正成为人民生活的规范。至今,传统法律已远离我们的生活一百余年,然而,传统法律处理人与人关系的惯习,仍然在相当地域里支配着人的心灵,真所谓世道之变何其急也,而人心之变何其缓!固有的人生价值和人心的意义秩序,时时与现行的现代法律体系发生齟齬甚或冲突。所以,当我们现在重新面临清末乃至民国时期同样的立法任务时,我们仍然不得不重新探讨什么样的法律是与我们的社会相适合的,我们依然要抉择法律的发展方向,期求现代法律能够找到在中国自我生长的沃土和力量。

〔5〕 张伟仁:“清代的法学教育”,贺卫方主编:《中国法律教育之路》,中国政法大学出版社,1997年。

〔6〕 黄宗智:《清代的法律、社会与文化——民法的表达与实践》,上海书店出版社,2001年。他在英文版前言中指出,他最感兴趣的是法律制度中实践与表达之间最终表现出来的相互背离,也就是强调息讼,而实际上,在民间民事诉讼并不少见。

〔7〕 参见前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》(上下册),《商事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社,2000年;从中可以看到中国各地都存在着民间的民事、商业习惯;另外参阅梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社,1996年。

因而,自从清末法律改革之初,礼教派与法理派的争论,展开了中国近代法律思想的首次论争,揭示了贯穿 20 世纪中国法律发展的基本困惑,20 世纪的法律理论也因此得以展开。而这一困惑至今仍然困扰着我们,即现代法律之于我们的社会何以具有权威性,和什么样的法律才应该具有正当性。中国现代法律,其主体均从外国移植而来,所提供的生活规范和所表达的价值诉求,均有别于中国人的生活。从晚清劳乃宣提出三种社会生长出三种不同类型的法律,^{〔8〕}用时的话语即法律是一种地方性知识,就可以窥见法律特殊主义与普遍主义之争的端绪。

然而,一个不可回避、迫在眉睫的问题摆在国人面前,不能再闭关自守,必须融入世界。法律改革正在于谋求民族强大,但是法律自身权威的建立并不因此就可以获得。同时由于我国在文化上处于弱势地位,因而,国人基本上在中西文化之间徘徊,并日益对中国文化本身丧失信心,甚而提出全盘性反传统的主张。^{〔9〕}作为中国现代法律思想,其精神价值主要来源于西方,但法学家又无法不把目光从对西方的艳羡收回,投注到中国本土的发展上来。法律无法远离社会历史,仍不得不在中国文化中重新寻找其正当来源,同时,国家为了富强,我们为了分享西方那些我们并不熟悉的价值与内容,法律承载着改造社会和适应社会互相冲突的双重目标,在中西文化之间艰难地前行。

当我们回首一百年来历史时,我们可以看到几代学人,背负民族的多重苦难,期望以法律改革重造国家的富强,同时也承受着理想受挫、中

〔8〕 参见张国华:《中国法律思想史新编》,北京大学出版社,1998 年,页 382—383。劳乃宣认为法律生于政体,政体生于礼教,礼教生于风俗,风俗生于生计。“风俗者法律之母也,立法而不因其俗,其凿枘也必矣。”因而,他指出农桑之国、猎牧之国和工商之国,因生计不同,故风俗相异,法律当然也自不同,这是相当正确的。中国是农桑之国,风俗礼教政体都从家法中产生,政治必须以家法,而不能以朔方的军法和欧美的商法。“今欲以欧美的商法政治治中国,抑独可行之无弊乎?”劳乃宣的观点显然在于说明,法律的正当性建立在适应社会上面,只有与社会相适应的法律才是正当的。所以,清末礼法之争,就已经在理论上,就法律的正当性基础展开了探讨。

〔9〕 参看林毓生:《中国意识的危机——“五四”时期激烈的反传统主义》一书的绪论和结论,穆善培译,贵州人民出版社,1987 年。他在绪论中指出,“20 世纪中国思想史的最显著特征之一,是对中国文化遗产坚决地全盘否定的态度的出现与持续。……这两次‘文化革命’的特点,都是要对传统观念和传统价值采取嫉恶如仇、全盘否定的立场。而且这两次革命的产生,都是基于一种相同的假设,即:如果要进行意义深远的政治和社会变革,基本前提是要先使人们的价值和精神整体地改变。”参见页 2—3。