

The Input of the Knowledge  
of Common Law to China around the Opium War  
and Its Influence on China

李 栋◎著

# 鸦片战争前后 英美法知识在中国的 输入与影响



中国政法大学出版社

The Input of the Knowledge  
of Common Law to China around the Opium War  
and Its Influence on China

李 栋◎著

# 鸦片战争前后 英美法知识在中国的 输入与影响



中国政法大学出版社



- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

### 图书在版编目（CIP）数据

鸦片战争前后英美法知识在中国的输入与影响/李栋著. —北京：中国政法大学出版社，2013.12

ISBN 978-7-5620-6069-5

I. ①鸦… II. ①李… III. ①法制史—研究—中国—近代 IV. ①D929.5

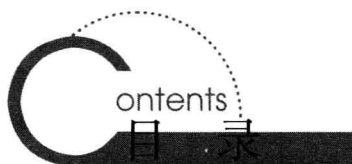
中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第268829号

- 
- 出版者 中国政法大学出版社  
地 址 北京市海淀区西土城路25号  
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088  
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)  
电 话 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)  
承 印 固安华明印刷厂  
开 本 880mm×1230mm 1/32  
印 张 8.125  
字 数 205千字  
版 次 2013年12月第1版  
印 次 2013年12月第1次印刷  
定 价 26.00元



本研究受中央高校基本科研业务费专项资金资助 [2012031]

---



第一章 导 论 .....	1
一、问题的提出：中国法律近代化道路走的 仅仅是一条大陆法之路吗？ .....	1
二、研究的意义、内容和视角 .....	10
（一）研究的意义 .....	10
（二）研究的内容 .....	12
（三）研究的视角 .....	13
三、国内外研究现状综述 .....	18
（一）国内研究现状综述 .....	18
（二）国外研究现状综述 .....	24
四、相关概念的界定与说明 .....	26
第二章 19 世纪前西方人眼中的中国与 中国人眼中的西方 .....	29
一、19 世纪前西方人眼中的中国形象 .....	30

(一) 马可·波罗开启的对中国形象的 赞美与想象 .....	32
(二) 马夏尔尼展开的对中国形象的还原与破坏 ...	39
二、19世纪前中国人眼中的西方 .....	47
(一) “礼仪之争”之前中国人对西方认识的 被动与混沌 .....	47
(二) “礼仪之争”之后中国人对西方认识的 排斥与扭曲 .....	53
第三章 英美传教士东来以及 1842 年以前英美法知识的 零星介绍 .....	61
一、马礼逊东渡前中国人对英美及其法律的认识 .....	61
(一) 对英美国家的介绍与认识 .....	62
(二) 对英美国家法律的介绍与认识 .....	69
二、英美传教士东来及其在华活动概况 .....	72
三、1842 年以前新教传教士书刊中对英美法知识的 零星介绍 .....	81
四、1842 年以前新教传教士对英美国际法知识的 翻译与介绍 .....	93
第四章 新教传教士英美法知识输入方式评介 ——以《东西洋考每月统记传》为例 .....	104
一、新教传教士输入英美法知识时的动因 .....	105
二、新教传教士输入英美法知识时的表达方式 .....	108
(一) 借用儒家经典表达英美法知识 .....	109

(二) 借用对话的形式表达英美法知识 .....	110
(三) 借用书信的形式表达英美法知识 .....	111
三、“自主之理”：新教传教士输入英美法知识的 精髓 .....	114
<b>第五章 1842 年五口通商后英美法知识的持续输入 .....</b>	<b>125</b>
一、“门户洞开”后西学在中国的传播与传教士活动 概况 .....	126
(一) 西学在香港的输入与传教士的活动 .....	126
(二) 西学在广州的输入与传教士的活动 .....	128
(三) 西学在福州、厦门与宁波的输入与传教士的 活动 .....	129
(四) 西学在上海的输入与传教士的活动 .....	130
二、1842 年以后新教传教士书刊中对英美法知识的 零星介绍 .....	133
(一) 《遐迩贯珍》对英美法知识的介绍 .....	133
(二) 慕维廉《大英国志》对英国法知识的 介绍 .....	142
(三) 《六合丛谈》对英美法知识的介绍 .....	149
三、林鍼《西海纪游草》中对美国法的介绍 .....	153
<b>第六章 “微澜初起”：鸦片战争后少数士大夫对英美法     知识的回应 .....</b>	<b>160</b>
一、林则徐编译的《四洲志》对英美法知识的 记载和理解 .....	161

二、梁廷枏《海国四说》对英美法知识的记载和 理解 .....	173
(一)《合省国说》对美国法知识的记载和理解 ...	174
(二)《兰仑偶说》对英国法知识的记载和理解 ...	184
三、徐继畲《瀛寰志略》对英美法知识的记载和 理解 .....	189
(一)徐继畲撰写《瀛寰志略》的资料来源 .....	190
(二)《瀛寰志略》中的英美法知识 .....	195
(三)《瀛寰志略》的影响与意义 .....	201
四、魏源《海国图志》对英美法知识的记载和理解 ...	206
(一)魏源撰写《海国图志》的资料来源 .....	207
(二)《海国图志》中的英美法知识 .....	211
五、“微澜初起” 的回应 .....	218

## 第七章 鸦片战争后英美法知识为何未在中国掀起

### 波澜 .....

一、鸦片战争前后英美法知识输入与影响的总体 特征 .....	222
(一)英美法知识的输入不具有独立性和有意性 ...	222
(二)英美法知识的输入和记载的内容主要是法政 知识 .....	224
(三)英美法知识的翻译没有形成统一规则, 格义 比附现象严重 .....	227
(四)对英美法知识的输入缺少深入理解和回应的 能力 .....	230



二、传统“夷夏观”的文化心理定势限制了英美法 知识在中国的继受 .....	232
三、“政教一体化”的王权主义维系着传统“夷夏观”的 文化心理定势 .....	237
参考文献 .....	242
后 记 .....	249

## 导 论

### 一、问题的提出：中国法律近代化道路走的 仅仅是一条大陆法之路吗？

中国是世界上少有的拥有四五千年连续不断的文明发展史的国家，其文化积累之丰富，传统价值观念之持久稳定，都是世界文明史上少有的。在中国漫长的文明发展史中，曾发生过两次重大的转变。一次是从列国并立的先秦时代，转变到秦汉大一统的中央集权的君主专制时代；另一次是从晚清开始的，从大一统的中央集权君主专制时代，向强调民权的民主现代社会转变，且这一进程至今仍在继续。对此，薛福成在 1879 年曾指出：“天道数百年小变，数千年大变”，秦灭六国，“其去尧舜也，盖二千年，于是封建之天下，一变为郡县之天下”；自秦朝降及今日“之去秦、汉也，亦二千年，于是华夷隔绝之天下，一变为中外联属之天下”。〔1〕需要强调的是，后一转变过程与先秦到秦汉之转变过程最大的区别在于，前者完全是由于中国

---

〔1〕（清）薛福成：“筹洋刍议·变法”，载丁凤麟、王欣之编：《薛福成选集》，上海人民出版社 1987 年版，第 554～555 页。

社会内部的种种变化积聚起来所产生的动力驱动的；而晚清开始的这次转变是在遭受巨大外部压力的情况下发生的。从文化转型的角度看，前一次转变是中国文化内部的价值转换；而后一次转变，看起来好像是由某种外来的价值观念取代中国固有的价值观念，由某种外来的文化取代中国固有的文化。

在这场关涉传统文化、传统价值的巨变中，中国传统的法律也概莫能外。中国古代礼法传统所内涵的天人交感的宇宙观、道德化的法律思想以及息事宁人的人生观，有别于西方自古希腊罗马以降以公平、正义为终极追求、以彰显个人权利与自由为目标的法律传统。然而，列强的“坚船利炮”迫使古老中国的法律作出改变，中国艰辛地走上了学习、移植、借鉴西方法律的法律近代化之路。

以往学界研究中国法律近代化之路，尤其是清末法制变革，多强调大陆法国家如德国、日本等的影响，认为中国法制近代化之路实质上走的是一条移植大陆法的道路。<sup>〔1〕</sup>至于中国近代缘何钟情于大陆法系，而没有选择英美法系，国内许多学者都对此问题做出了大致相同的分析。如贺卫方教授在1991年《英美法与中国（代引言）》中就认为，大陆成文法典形式、演绎式的法律推理、偏重用理性的宣言来规定公民权利的做法以及民族国家兴起后所出现的中央集权倾向均与中国传统的法制和晚清“内忧外患”的时局存在暗合之处，加之东邻日本的影响，因此，晚清以降中国做出了“模范”大陆法系的选择。<sup>〔2〕</sup>郝铁川教授也从“相近的国家主义观念”、“相近的法典编纂观念”、

---

〔1〕 如权威著作和经典教科书均不否认这一点，具体可参见张晋藩主编：《中国法制通史》（第9卷），法律出版社1999年版，第612页；范忠信、陈景良主编：《中国法制史》（第2版），北京大学出版社2010年版，第434页。

〔2〕 参见贺卫方：“英美法与中国（代引言）”，载《比较法研究》1991年第4期。

“相近的思维方式”以及“相近的审判方式”等四个方面作出了解释。<sup>〔1〕</sup>范忠信教授也认为,清廷变法修律之所以会出现向“大陆法系一边倒的倾向”主要是中国重视成文法的传统与大陆法系近似、出洋考察大臣们对大陆法系国家政治法律制度的倾向性以及日本取法大陆法系国家而立宪和变法修律由弱变强的历史经验和延聘日本法学专家的实际影响等多方原因造成的。<sup>〔2〕</sup>对法典编纂有专门研究的封丽霞博士专门撰文探讨了“中国近代选择继受大陆法系法典化模式的原因”,她认为“中国近代选择与继受大陆法系法典化模式不是一种偶然或巧合,而是中国深厚的传统观念、文化背景、当时的民族境遇,一衣带水的日本的影响,以及法典法和判例法的特点等诸多因素共同决定的历史必然”。<sup>〔3〕</sup>此外,李贵连先生也着重从“同洲同文,取资尤为力”、“法典翻译中的倾向”、“日本专家的聘请”、“派员到日考察”和“法律教育和法学”五个方面强调了日本对晚清中国移植大陆法系所产生的重要影响。<sup>〔4〕</sup>可以说,晚清以降,中国移植、借鉴大陆法系国家政治法律制度成为当下研究中国法律近代转型的一条不容回避的“主线”。

然而,对于这一近似“公理”化的结论,我们应当保持足够的“警惕”。这不仅是因为这极易使我们将中国法律近代化转型这一问题简单化,将中国法律近代化转型之路化约为一条移植大陆法之路,从而回避或者弱化英美法在此进程中的存在和

---

〔1〕 参见郝铁川:《中华法系研究》,复旦大学出版社1997年版,第195~212页。

〔2〕 参见范忠信、叶峰:“中国法律近代化与大陆法系的影响”,载《河南省政法管理干部学院学报》2003年第1期。

〔3〕 参见封丽霞:“偶然还是必然:中国近现代选择与继受大陆法系法典化模式原因分析”,载《金陵法律评论》2003年第1期。

〔4〕 参见李贵连:“近代中国法律的变革与日本影响”,载《比较法研究》1994年第1期。

影响；更为重要的是，晚清以降的中国法律近代化转型之路在上述“公理”化的结论中，可能被“裁剪”为一部“线性”的大陆法之于中国的法律史，法律近代化转型背后的茫然、困惑、踌躇、焦虑、无奈乃至兴奋和喜悦可能无从挖掘，“西法东渐”之丰富内涵必将压缩为干瘪的制度规范、原则的横向“位移”。

其实，为什么近代中国法律近代化转型之路走的是大陆法系的路子而不是英美法的道路，这一设问本身就存在问题。因为在那时中国的法政精英对大陆法和英美法的划分并不清晰，更遑论他们在移植西法过程中始终是秉持移植大陆法的立场。之所以这样讲，一方面是因为“法系”一词的前身“法族”(legal family or family of law)是明治十七年(1884年)，日本法学家穗积陈重在《法学协会杂志》第1卷第5号《法律五大族之说》一文首次提出的，<sup>[1]</sup>而西方法学界真正对法系之间的不同进行研究和讨论也是19世纪末20世纪初的事情了。例如，第一届国际比较法大会直到1900年才在法国召开。<sup>[2]</sup>与之相对的是，在此之前西法东渐在中国已经开始了近半个世纪之久。<sup>[3]</sup>西方传教士通过报刊杂志、林则徐和魏源等人通过撰写书籍、译书机构通过翻译西洋书籍、少数知识分子通过海外游记以及

---

[1] 在该文中，穗积陈重认为，世界上的法律制度一般可以分为五大法族，即“印度法族、支那法族、回回法族、英国法族、罗马法族”五种，参见穗积陈重：《穗积陈重遗文集》（第1集），第292~307页，转引自杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第2页。而美国法学家约翰·亨利·威格摩尔(Dean John Henry Wigmore)三卷本的《世界法律系统大全》所提出的“十六法系说”则是1928年的事情。

[2] 参见何勤华：“比较法在近代中国”，载《法学研究》2006年第6期。

[3] 这里笔者将“西法东渐”的历史确定为1807年，即英国传教士马礼逊到中国传播基督教那一年。因为在此之后，以马礼逊为代表的一大批传教士在传播基督教的同时，通过报刊杂志、西式书院等方式向国人介绍了大量有关西方的法政知识，并在鸦片战争前后直接影响了林则徐、梁廷枏、徐继畲和魏源等人。

一批清朝官员、士大夫以日记、信件、奏章的形式向国人介绍了西洋大量的法政知识，甚至在19世纪60年代到90年代末期，掀起了一个“公法时代”。〔1〕

另一方面，即便光绪二十九年（1903年）由日本法学家穗积陈重创立的“五大法族说”首次被引入中国，国人在此后的变法修律中对英美法系与大陆法系的区分也并不十分清楚，且这一趋势一直延续到民国时期。〔2〕1903年留日学生编辑的刊物《政法学报》（其前身是《译书汇编》）在该年第2期上刊载了署名为“攻法子”〔3〕的《世界五大法系比较论》一文，该文首次将“法系”概念引入中国，使国人首次知道“罗马和英国两大法系不仅历史悠久，而且生生不息，势力进入了全世界”。〔4〕但是，就当时中国究竟应援引何种法律时，该文并未舍英美法而单就大陆法，而是给出了兼采两大法系的“药方”。

支那不言法治则已，欲言法治，则唯舍支那固有之法系，而继受罗马及英国之二新法系，然后国民法律之思想得以渐次发达进步，法典可期其完成也。〔5〕

〔1〕 参见王健：《沟通两个世界的法律意义——晚清西方法的输入与法律新词初探》，中国政法大学出版社2001年版，第138~186页。

〔2〕 值得一提的是，杨兆龙先生在1949年《新法学》第2~4期，以连载的形式分析了英美法和大陆法的区别，参见杨兆龙：“大陆法与英美法的区别究竟在哪里？”，载陈夏红编：《大陆法与英美法的区别》，北京大学出版社2009年版，第2~51页。

〔3〕 关于“攻法子”的真实身份问题参见赖骏楠：“建构中华法系——学说、民族主义与话语实践（1900~1949）”，载缪因知主编：《北大法律评论》（第17辑），北京大学出版社2008年版，第426页。

〔4〕 攻法子：“世界五大法系比较论”，载《政法学报》1903年第2期，转引自何勤华：“比较法在近代中国”，载《法学研究》2006年第6期。

〔5〕 攻法子：“世界五大法系比较论”，载《政法学报》1903年第2期，转引自何勤华：“比较法在近代中国”，载《法学研究》2006年第6期。

就连当时在晚清变法修律过程中最具权威性的沈家本，他在言及西洋法律时，也并未拿大陆法、英美法作为言说的惯常术语，而是以“泰西法律”、“欧美科条”、“西国刑法”等笼而统之。<sup>〔1〕</sup>而真正对两大法系的特点、区分产生正确认识，并成为一种法学常识则是民国时候的事情，表1中大量民国法学论文对两大法系的著述即为明证。

表1 民国时期有关英美法与大陆法论文篇目节选<sup>〔2〕</sup>

论文题目	作者	译者	期刊名	卷/期号	出版年份
论拿破仑百周年纪念及其在世界法系上之影响	邴星章		法学季刊	第1卷 第1期	1922年4月
法律解释上之英美法源	罗鼎		法律评论	第10~17, 19~20期	1923年9月
英美之判例法	龙守荣		法评	第13~22期	1923年9月
五大法系比较观	孟之英		政法月刊	第3卷 第1期	1923年10月

〔1〕 尽管贺卫方教授曾在沈家本1907年所写的“裁判访问录序”中找出过两大法系区分的例句，即“泰西裁判之制，英美为一派，德法为一派，大略相同而微有不同”。但正如贺卫方教授自己所说的，“在八十多年之后，我们能够说沈氏的这个意见并不确切；西方两大法系的司法体制以及技术不是微有不同，简直可以说是大有不同。”参见贺卫方：“英美法与中国（代引言）”，载《比较法研究》1991年第4期。

〔2〕 节选自何勤华、李秀清主编：《民国法学论文精萃》（第1卷），法律出版社2003年版。

续表

论文题目	作者	译者	期刊名	卷/期号	出版年份
判例与大陆法系	陆鼎揆		法学季刊	第4卷 第1期	1929年1月
魏穆尔氏世界法律地图之研究	马存坤		法律评论	第8卷 第3期	1930年10月
世界法律地图	John H. Wigmore	刘虎如	东方杂志	第27卷 第4期	1930年
两大法系之进展与特质	徐砥平		中华法学杂志	第2卷 第8期	1931年8月
英美普通法之精神		盛森璇等	法学杂志	第5卷 第4~6期	1932年4月
世界两大法系之辨正的转换	严绂葳		东方杂志	第29卷 第8期	1932年12月
法源与法系之研究	潘新藻		正中	第1卷 第4期	1935年1月
大陆法系与英美法系	桂裕		东方杂志	第41卷 第19期	1945年10月
异见—英美法介绍	徐家康		东吴法声	复刊3号	1946年6月
成文法与不成文法	王元候		东吴法声	复刊号第1卷 第6期	1946年6月

因此，为什么中国近代尤其是晚清时期在移植西方法律过



程中会选择大陆法而舍弃英美法这一问题本身就是值得质疑的。因为在不具备相应比较法学知识的前提下，苛求先人成竹在胸地“审时度势”，无疑有“牵强附会”之嫌。这就好比马克斯·韦伯在用“理想类型”（ideal - types）<sup>〔1〕</sup>分析中国古代司法时，我们的先人并不清楚他们在使用一种被称为“卡迪式”（khadi）<sup>〔2〕</sup>的司法进行断案。当然，作为一种“回溯性”的分析研究，我们可以用当下的比较法学概念对过去发生过的历史进行分析，于是，也就产生了前述提到诸位学者分析的原因和观点。

贺卫方教授在论及此问题时也谈到“在晚清的法律改革家眼中，西方不同于国家，不同法系的分别并不如今天法学家那般清晰”。<sup>〔3〕</sup>其实，从1901年慈禧发布上谕实行“新政”开始，西方法律始终是被国人作为一个整体对象认识的，无所谓大陆法，也无所谓英美法。无论清廷所颁布的诏书、谕令，还是士大夫的公文、奏表，亦或是知识精英的言词、著述，在论及如何学习西方法律时，言必称“泰西诸国律法”、“各国成

---

〔1〕“理想类型”作为一种研究方法有如下两个特征：首先，它具有一定的“价值关联”，也就是说，研究者的问题结构中已经蕴涵着一定的价值判断，而理想类型本身也必须能够对研究对象包含的意义结构做出解释，这就将理想类型的研究方法与逻辑实证主义的研究方法区别开来。其次，“理想类型方法的目的是侧重揭示各种文化现象之间的家族相似性，而主要在于辨析它们之间的差异。”参见 Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3rd edn, Tübingen, 1968, p. 202. 转引自郑戈：《法律与现代人的命运：马克斯·韦伯法律思想研究导论》，法律出版社2006年版，第59页。

〔2〕“卡迪”为回教法院执行阿拉伯法律的法官。“卡迪司法”是指任何不依形式理性法律的固定规则，而依据伦理、宗教、政治或其他实质理由而做成判决的法律制度。当然，将中国古代司法定义为“卡迪”司法是否准确，本身就存在争议，具体体现在台湾著名学者张伟仁先生与贺卫方教授2006年围绕此问题所进行的争论。

〔3〕贺卫方：“英美法与中国（代引言）”，载《比较法研究》1991年第4期。