

【文章编号】1002—6274(2010)02—003—10

中国近代法理学的形成与发展

马小红

(中国人民大学法学院, 北京 100872)

【内容摘要】法理学在中国近代社会的形成、发展与西学的传入、近代中国社会的特征密切相关。法理学西来并逐渐发展之日,正是传统法律在中国解体并断裂之时。近代中国的法理学是在批判传统、吸纳西学中形成的,所以其少有传统的因素。但随着社会的发展,新兴的法理学逐渐开始了与传统的结合,思想家们对传统法理也有了一定程度的肯定,并努力探索着中西法理的融合之路。

【关键词】西学 法理 传统

【中图分类号】DF08 【文献标识码】A

1840年,中国被西方的殖民炮火拖入了近代化的历程。与有着数千年历史的古代社会相比,中国近代化的历史是短暂的,自1840年晚清王朝开始,到1912年国民政府的建立,再到1919年“五·四”新文化运动,中国近代的历史不足七十年。被动进入近代的中国,不只是在物质上受到西方武力的掠夺,更重要的是在文化上也失去了“话语权”。一方面,西方社会以西方法律模式为标准评价中国法律,并迫使中国修改律令。历史不幸验证了法国18世纪伟大思想家伏尔泰的预言:“对中国礼仪的极大误会,产生于我们以我们的习俗为标准来评判他们的习俗,我们要把我们的偏执的门户之见带到世界各地。”^{[1] P221}另一方面,在亘古未有的变局中,中国的仁人志士为了摆脱民族危机,救亡图存,也努力向西方学习,促使法律尽快地向近代化过度。因此,与西方相比,中国法律近代化的最大特点是制度上的传统模式中,而法学思想和理论则处在艰难的探索与转变中。

一、中国近代社会与法理学

(一)中国近代社会的特征

史学界一般以1840年作为中国近代历史的开端,因为这一年的鸦片战争使中国开始从一个“天朝”大国沦为割地赔款的半殖民地国家。从中国传

统法发展的角度来说,这一划分也不无道理,因为自中英《南京条约》^①签定后,中国便丧失了司法、关税等独立权。也有人认为中国近代始于1912年清王朝被彻底推翻,中华民国的建立。这一认定同样有它的道理,尤其是从传统法发展的角度上说,1912年以后,无论是制度、还是学理,正统法思想都不再占主导地位。在国际联系日趋密切的背景下,西方法学大量涌入,官方变法亦以西法为模式,传统法呈衰微瓦解之势。1912年孙中山建立的南京临时政府虽仅存三个月,且号令“不出百里”,但其毕竟结束了“王朝”的统治,开辟了历史的纪元。

无论是以1840年,还是以1912年作为中国近代的开端,“近代”都不是中国社会内部发展的需要,不是像欧洲那样在古代社会的基础上,在传统的连接下顺理成章发展而成的。中国是在外界压力下被动进入“近代”社会的,因此中国近代社会首先是一个殖民社会。

马克思说“没有希腊文化和罗马帝国所奠定的基础,也就没有现代的欧洲。”^{[2] P220}我们从西方启蒙学者的著作中可以感受到他们对古希腊、罗马的神往和“复古”的激情。他们用传统抨击现实的黑暗,并为传统而自豪。孟德斯鸠、伏尔泰、魁奈、梅因这些思想的巨擘,虽然学术观点并非一致,但从他们的著作

作者简介:马小红(1958—),女,山东青岛人,法学博士,中国人民大学法学院教授、博士生导师,中国法律思想史研究会副会长,中国法律史学会常务理事,研究方向为中国法律史。

中,人们可以看到一个连接着传统的未来欧洲,毫无疑问,西方启蒙思想家对未来的信心是建立在对传统的信心之上的。

而被西方殖民的民族和国家,传统则远没有西方那样幸运,在国土被侵占、财富被掠夺的同时,它们的历史与传统也被冠以“落后文化”之名遭到破坏,五千年文明从未间断的中国也是如此——尽管中国文明的辉煌在汉唐、在宋明,直至在清代的康雍乾盛世是举世公认的。因为在殖民与被殖民的历史进程中,以国力论文化的优劣不仅成为殖民的借口,而且成为学界的准则。19世纪中后期,当西方用炮火打开了清王朝紧锁的国门时,中国文明随着西方殖民扩张的节节胜利,在一些学者的论著中成为一种怪异、保守、野蛮、恐怖、没有任何生气的“木乃伊”文化,在西方人的眼中,中国的哲学、宗教、法律、科技、甚至语言都处在幼儿时期。1840年以来中国社会的变化,即由古代向近代转变的动力主要来自外力的胁迫,在这场亘古未有的变局面前,在这场被动的变革中,无论是政治家还是思想家都难以保持往日的从容,因为这涉及到民族的生死存亡。变革之初,中弱西强的局面难免使人们对传统失去了信心,传统成为人们憎恶的对象,而向西方寻求“图存”、“图强”的道路成为时尚——这在当时是必然的现象。

被动进入近代的中国,在近代伊始,效法西方成为民族生存的必经之途,在抵御、反击西方武力侵略的同时,又必须学习西方社会的经济、政治和文化,以达到富国强兵,救亡图存的目的。此时的人们无暇考虑到对传统的利用和发掘。因此与欧洲社会比较,中国近代社会的最大特征就在于外力的介入断裂的中国传统。

(二) 西学东渐与中国近代法理学的出现

1. 西学东渐

随着欧风西雨涤荡中国,西学在中国的影响也迅速扩大。林则徐被誉为近代中国“睁眼看世界的第一人”。1839年其奉命到广州查禁鸦片,在频繁地处理外事公务中,林则徐敏锐地认识到“西夷”有“长技”可师,其精心组织翻译人员翻译西方的新闻和学术著作,以了解西方社会。1842年,林则徐的挚友魏源在林则徐的支持下完成了划时代的巨著《海国图志》的编纂。《海国图志》是魏源在广泛地搜集、整

理、分析了大量的中西有关资料的基础上,系统地介绍世界各国、地区的历史、地理、文化、风俗、制度的著作,魏源批评了一些人“途知侈张中华,未睹寰瀛之大”的愚昧,提出“师夷长技以制夷”^②,《海国图志》开阔了国人的视野,为国人了解西方提供了渠道。更为重要的是其开启了近代中国学习西方的风气,自此,以仿效西学为主要内容的“新学”逐渐兴起,中国的学术无论是从方法论上说,还是从研究对象上说都进入了一个与以往不同的时代。19世纪末至20世纪初,是新学迅速发展时期,一是中日甲午战争加剧了中国人的危机感,效法西方以拯救中华的迫切性已然成为全社会的共识。二是随着国人对西方社会了解的深入,“比较”自然地成为时尚。国人并不满足于只了解西方社会的“现象”,而更欲知西方社会现象背后的原因和道理,因此西方社会制度和其制度的学理更为中国人所关注。于是以梁启超、严复等为领袖的维新改良思想家将西学更广泛的介绍给国人,并率先以西学的研究方式来研究中国的问题。这也就是近现代中国学术的发端和基础。

2 近代中国法学

中国近代法学随着西学的涌入、新学的发展而产生。林则徐时,为了处理与西方各国间的关系译成《各国律例》一书,《各国律例》作者为瑞士著名法学家滑达尔所作,1758年用法文发表,原名为《国家法,或运用在国家和主权行为和事务上的自然法则》,翌年译为英文,该著风靡西方法学界,成为国际法学的经典著作。林则徐的随员袁德辉与美国传教医师伯驾节录其中的有关章节译为中文,名之为《各国律例》,这是中国第一部关于西方法律方面的专门译著。^{[3] 1224-225}在翻译和整理西学的过程中,不仅西学的方法影响到中国的学界,西方社会的一些思想、价值观也影响到了中国社会。《海国图志》中,魏源对美国的民主政治赞赏有加:“二十七部酋,分东西两路,而公举一大酋总摄之,匪惟不及世,且不四载即受代,一变古今官家之局,而人心翕然,可不谓公乎?议事听讼,选官举贤,皆自下始。众可可之,众否否之,众好好之,众恶恶之,三占从二,舍独徇同,即在下预议之人,亦由公举,可不谓周乎?”^③其实从《海国图志》中我们已经可以看出当时中国的有识之士对西方政治制度所依据的“法理”的关注。

对西方法学著作的翻译,戊戌变法前,基本上以实用性为主。因为在鸦片战争后,中国在与各国的交涉中深感熟知“国际法”的重要,1864年同文馆译成美国律师惠顿著作《万国公法》,总理衙门曾依据其中的一些原则、条文与外交涉,获得一些成效,故而将其刊印发给各省督抚和通商口岸的地方官员,以资备用。这期间《公法遍览》、《法国律例》(《拿破仑法典》)等也陆续译成。中日甲午战争,中国的失败加剧了民族的危机,此时的法学研究动向有两点值得我们关注:

(1)以康有为、梁启超、严复等为首的维新改良思想家,不再满足于对西方法律知识的了解及运用这些知识在一事一案中的小有所获,他们期望通过全面的社会变革拯救中国。对于法律也是如此,他们更渴望了解西方法律的原理并以此为指导,在中国建立起西方式的民主政治制度。戊戌变法的失败与清朝廷的立宪修活动更是从不同的方面刺激了中国社会对西方法学的渴求。于是 20 世纪初,法学译著不仅显著增加,而且学理性的著者远远多于知识性的介绍,《国法学》、《民约论》(《社会契约论》)、《万法精理》(《论法的精神》)、《法学通论》等纷纷译成。1898~1909 年,仅严复的译书就有赫胥黎《天演论》(1898)、亚当·斯密《原富》(1902)、斯宾塞《群学肄言》(1903)、约翰·穆勒《群己权界论》(1903)、甄克斯《社会通论》(1904)、孟德斯鸠《法意》(1904—1909)、约翰·穆勒《名学》(1905)、耶方斯《名学浅说》(1909)八种。这些译著系统的介绍了西方社会政治、经济、法学之“学理”。

(2)清朝廷下诏“预备立宪”并任命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣,主持法律的修订。“宪政”为舶来品自不待言,修律的宗旨也是将现行的法律体例、条文“近代化”,律例合一的法律形式通过修订也改为部门法的体系。总之,通过修律,中国法律起码在形式和语言上应该与西法相统一。于是,在沈家本主持的修订法律馆中,考察西方制度、翻译各国的法典、法规成为主要的一项工作。

西学传入中国,形成了中国近代的法学,在翻译西方的法学著作时,译者每每有精彩的序言和评述(如严复《法意》按语),其中也有为数不多的学者学习西方的法学方法开始了近代的法学研究,诸如梁启

超 1896 年写成的《论中国宜讲求法律之学》、1898 年写成的《立宪法议》、1900 年写成的《法理学大家孟德斯鸠之学说》、《近世文明初祖二大家之学说》、1904 年写成的《中国法理学发达史论》、《论中国成文法编制之沿革得失》等。但是我们可以看到清朝末年中国近代的法学确实是舶来品,如有的学者所指出的那样:“中国近代有法学。但是基本没有自己的法学,即没有中国人用中国语言,以中国的社会为背景,融合中外法理,阐述中国近代的法学。”^{[4] 1233}

3 中国近代的法理学

即使今日,学界对“法理学”的定义也并非确定,沈宗灵主编的《法理学》教材中认为:“法理学,即以前所称的‘法学基础理论’,是法学的一门主要理论学科,是法律教育的基础课程之一。它所研究的是法的一般理论,特别是有关我国社会主义法的基本理论。”“在西方各国,相应学科或课程一般称为‘法律哲学’或‘法理学’,也有的称为‘法学理论’。在前苏联和某些东欧国家,将国家和法两个现象结合起来研究,称为‘国家与法的理论’。”^{[5] 120}葛洪义主编的《法理学》在叙述了“法理学”一词语源和不同法系对其不同的命名后,总结道:“法理学的研究对象主要是法和法学的一般原理(哲理)、基本的法律原则、基本概念和制度以及这些法律制度的运行的机制。”作者引用当代英国法学家哈里斯的话深入浅出地介绍了法理学的研究内容:“法是干什么的?它要达到什么目的?我们应当尊重法吗?如何对法加以改良?法是可有可无的吗?谁(有权)创制法?我们从何处去寻找法?法与道德、正义、政治、社会实践或者与赤裸裸的暴力之间有什么关系?我们应当遵守法吗?法是为谁服务的?等等,这些都是一般法理学所应包含的内容。”^{[6] 19}

通过对中国近代法学形成的梳理,我们可以发现近代中国法学具有这样几个特点:第一,近代法学的形成发端于与西方各国交涉的需要,所以国际法为其先导。第二,近代法学首重实用,在清末修律过程中,部门法的译著和著书要远远多于法学理论方面的译著和著书。当我们翻阅《中国大百科全书·法学》^④所收录的近代“人物”时,可以发现国际法学家、宪法学家、行政法学家、刑法学家、民法学家、法律史学家等等,“法学家”的研究中包括了对法理的研究,但却

未能专列出“法理学家”。更为引人关注的是 1984 年出版的《中国大百科全书·法学》在“条目分类目录”中,没有“法理”类,而法的一般理论类的条目以“法”冠名。由此看出,法理学的研究在近代法学研究中实为薄弱之处,即使到了民国时期要寻找近代中国系统的法理学论著也并非易事。沈宗灵主编《法理学》(第二版)这样归纳了近代中国法理学的发展:“在 1949 年以前的旧中国,法学不受重视,法学专业的基础理论尤其不受重视。高等法律院系中开设有‘法学通论’、‘法理学’之类的课程,多半属于选修课。‘法理学’主要讲授一些西方的法律派别,尤其是社会学法学的学说。‘法学通论’一般讲授关于法的性质、作用、渊源、分类、效力、适用、权利、义务、制裁等问题的观点。在多数‘法学通论’中,除以上问题,还简单的论述宪法、民法、刑法和诉讼法的基本内容。”^{[5] P20}然而,无论系统的法理学在近代中国发展如何滞后,其都不可能对从西方舶来的法律制度以及这些制度中出现的新名词、新观念置若罔闻,况且经康有为等戊戌变法后,立宪、法治、权利、义务等新名词成为人们标新立异的流行语言,再经孙中山的共和革命,民主、民生、平等、分权等也深入人心,当时的政治家、思想家和学者不能不对已经变化了的法制进行阐释,也不能不对法治的新观念进行探讨。民国时期,中国学者以近代法学研究的方法对法的语源、概念、本质、功能的研究已经较清末以译文为主的状况有所改观,^⑤而对西方法学流派和著作的介绍、翻译也有了长足的发展。

就法理学的发展而言,近代中国有两个阶段:一是晚清(1840~1911年)。随着民族危机的加深,维新派力倡变法图强,他们对西方的宪政制度和宪政理念情有独钟,在主张立宪的同时,他们对“法”有了不同于古代的诠释。维新改良失败后,清朝廷也开始了法律的变革,这次变革以西方法律为模式,瓦解了传统法律制度。在变革法律制度过程中,维护传统法理的礼教派与主张西方法理的法理派多有论战,其中“礼法之争”中涉及到的法律与道德问题也是中国近代以来法理研究所关注的基本问题。晚清中国古代法律在十几年间迅速瓦解,仿效西方的法律制度与体系在中国不仅缺乏传统的支持,而且“法理”的准备也明显不足。二是民国时期(1912~1949年)。随着

法律变革与发展,法理滞后的状况逐步改善。随着王朝时代的结束,中西文化由以冲撞为主变为融合,西方法理的影响也日益广泛。民国的缔造者孙中山的“五权宪法”理论充分体现了“法观念”的历史转折,即法从服务于君主到法服务于民众。此时,马克思主义关于法律的理论论述也传入中国,成为指导中国共产党建立的革命根据地政权的法律理论。与晚清时期的法理相比,民国时期的法理对西方法理学有了更深入和全面的理解,对传统法理也有了一定程度的肯定,并努力探索着中西法理的融合之路。

二、晚清时期的法理

(一) 维新改良派的法理主张

维新改良派的领袖人物梁启超、严复并不是专门的法学家,但是他们最先较为彻底地摆脱了传统法理的约束,将法视为独立的学科而加以研究。在引进西方法理学,批判传统法律,开创中国近代法理学研究方面其功不可没。改良思想家的法理集近代以来人们法律观念变革之大成,建立在以西方法理系统地批判传统法观念的基础之上。

1. 对传统法的批判

梁启超曾这样总结过中国近代社会变革的过程。“第一期,先从器物上感觉不足”,“于是,福建船政学堂,上海制造局等等渐次设立起来。”“第二期,是从制度上感觉不足”,“所以拿‘变法维新’作一面大旗,在社会上开始运动。”“第三期,便从文化根本上感觉不足。”^⑥这一总结被奉为经典。维新改良派的法理主张也是从认识中国法“不足”开始的。

与明末清初启蒙思想家对传统的批判不同,改良思想家对传统的批判是以西学为武器的,他们通过“比较”的方法指出中国法的“缺陷”并主张效仿西法。如果说启蒙思想家对传统的批判是基于对现实的否定,而对未来则处在探索中。那么改良思想家对传统的批判则多是在与西方的比较中产生的,其对未来有着明确的目标。在与西方法律的比较中,梁启超认为中国法律的不足如下:

(1)“法律之种类不完备”。而私法部分全付阙如,更是中国法律最大的不幸。因为私法的阙如,民众所应具有的“权利”在法律中无法体现,因此法律对普通的民众而言只有约束,而缺乏保护,由此造成

民众对法律的畏惧,而不能像私法发达的西方那样“人民之乐有法律,且尊重法律也。”与西方相比,中国的“公法”也不完善,因为“国家根本组织之宪法,未能成立也。”而无宪法,则无法进入法治国。

(2)“法律之固定性太过”。梁启超认为,无论怎样杰出的思想家和立法者都不可能制定出万世不变并与社会发展完全相符的法律,因此变法是每一个时代的必然之举。西方社会每每及时变法,用心立法,使社会的发展与立法事业相辅相成,所以社会日益进步,“国民幸福,遂以日增”。而中国“法律与社会两者俱成静止之形,殆如僵尸,毫无生气。”“法典之复旧,与社会之麻木,两者相递为因,相递为果”。

(3)“法典之题材不完善”。梁启超认为,中国法律因缺乏学理的指导而“范围不确立”、“主义不一贯”、“纲目无秩序”。范围不确立表现为主法、助法的界限无严格区分,应入于主法的条款常常入于助法中,因而削弱了法律的效力;应入于助法的条款又常常入于主法中,因而使法律体系凌乱破碎,难以适用。主义不一贯表现为对学理的采用基本处在无意识状态中。而西方法典编纂,必先确定主义。比如宪法,取国家主义,还是君主主义,或民主主义。民法取家族主义,还是个人主义等等。主义不一贯则会造成法条文意矛盾,执法者无所是从的局面。纲目无秩序表现为将法作为“头痛灸头,脚痛灸脚”的工具,而无法体会到法律的“大原则”。

(4)“法典之文体不适宜”。梁启超吸纳了英国法学家边沁的思想,认为法律的言辞文体,即法律的术语必须具备“明”(简明易懂)、“确”(表达准确)和“弹性力”(法律条文有可容解释之余地)三要素。与西法相比,中国法律“‘明’则有之,而‘确’与‘弹性力’皆甚缺乏”,而“确”与“弹性力”缺乏的原因是中国律令条文所含学理不丰富造成的。

梁启超在对传统法的批判中,强调了“学理”对于立法的重要性,法本身之善恶、其对社会之作用皆在于“理”。从西方法学引进的以“权利”为核心的法在梁启超的法理主张中得到了充分的肯定和赞扬。

2 法以“权利”为核心

权利,在中国古代意为“权势及财货”。《辞源》引《荀子·君道》、《史记》等为证。中国近代文献中,“权利”一词最早出现于1865年美国传教士丁韪良

翻译的美国法学家惠顿的《万国公法》中:“国使之权利,皆出于公议”等。《万国公法》中虽然没有对“权利”明确定义,但其显然不是指“权势及财货”,而具有近代的“正当利益”的含义。^⑦

维新改良思想家接受了“权利”观念的转变,认为无论国家还是个人所具有的正当利益都是天所赋予的,而法的核心和作用正是确认并保护这些“正当利益”。严复言:“彼西人之言曰:惟天生民,各具赋予得自由者乃为全受,故人人各得自由,国国各得自由,第勿令相侵损而已。”^⑧“刑禁章条”应该是为维护这种天赋的权利而设。梁启超不仅将侵犯损害他人的自由视为犯罪,而且将放弃自由权利也视为不可饶恕的犯罪。因为“苟天下无放弃自由之人,则必无侵人自由之人。”^⑨为维护正当利益,维新思想家鼓励人们摒弃“以德报怨”及以“忍让”为美德的传统,指出中国人不懂得珍惜自己的权利,随意放弃自己的正当利益,造成了中国人的“奴性”:“遇势力之强于己者,始而让之,继而畏之,终而媚之”;梁启超对以“权利”为核心的“新法律”寄予厚望:“权利思想愈发达,则人人务为强者,强与强相遇,权与权相衡,于是平和善美之新法律乃成。”^⑩即使统治者“欲为不仁而不可得也,权在我者也。”^⑪

法以权利为核心,法的概念则有了全新的改变。1904年,梁启超写成《中国法理学发达史论》和《论中国成文法编制之沿革得失》^⑫在这两篇论著中,“法”被赋予了新的含义。梁启超主张全面拓展“法”的含义,使其与西方以“正义”为追求的法相连接。梁启超认为法有七层含义:一为平直、制裁;二为准则;三为均布;四为古训;五为秩序;六为“中正平均为体用”;七为规范。这些含义的中心在于法应是公意的体现。

3 “先开制度局而变法律”,而变法律则“抽象的法理最为要也”

维新改良派的变法主张有两点不同于以往,一是对法律的格外重视,将法律的变革视为社会变革的先导,这一点显然是受西方社会崇尚法治的影响所致。二是主张社会的根本变革,即由君主制变为立宪制,再渐次进入民主制。

康有为、梁启超在戊戌变法时批判当时清廷洋务派对西方“得其貌,失其真;慕其名,失其实”的所谓

仿效,他们主张对传统进行彻底改革,要求“变法”而不仅仅只满足于“变事”。康有为明言:“今数十年诸臣所言变法者,率皆略变其一端,而未尝筹及全体。又所谓变法者,须自制度法律先为改定,乃谓之变法。今所言变者是变事耳,非变法也。臣请皇上变法,须先统筹全局而全变之,又请先开制度局而变法律,乃有益也。”^⑬统筹全局的变法是康、梁维新所要达到的目的,而“先开制度局变法律”则说明了法律在变法中举足轻重的地位。维新改良派的“变法”有以下内容:

(1)用君主立宪制取代君主独裁制。立宪派认为,与西方君主立宪制度相比,中国的君主专制制度犹如黑暗的地狱,“二千年来君臣一伦,尤为黑暗否塞,无复人理。”^⑭“直无一法一政,足被记录,徒兹人愤懑而已。”^⑮解决专制黑暗的唯一途径是效仿西方实施“君民共治”的君主立宪政体。康有为主张设议院、开国会,行三权分立。戊戌变法不仅震动了政界和学界,而且在国民中普及了宪政观念,启发了民权意识。民权意识的增长是戊戌变法失败后,清朝廷不得不继续变法的原因之一。

(2)以现代的平等观取代传统的等级观念。立宪派接受了西方“天赋人权”的学说,并将中国传统的“性相近也,习相远也”的人性观附会于此。与传统的“平等”观不同,立宪派所宣扬的平等并不否定竞争,而是把平等同“鼓民力,开民智,新民德”相联系。在康有为描绘的理想“大同之世”中仍然有“大富人”的存在。这种以西方理论为指导的平等,破除了中国数千年以礼教为立法指导思想的传统,破除了“三纲五常”的束缚。

(3)以西方法取代传统法。立宪派之所以主张变法首先从变法律始,是因为在中西文化的比较中,中西法文化的差异格外引人注目。早期改良派马建忠在给洋务派李鸿章的信中说到:原本以为欧洲之强“专在制造之精,兵纪之严”,后来到了法国“披及律例,考其文事,而知其讲富者以护商为本,求强者以得民心为要。”^⑯康有为在游历香港时也敏锐的察觉到西人治国有法度,不可将其视为古代的狄夷。康有为主张改变传统的律典体系,仿效西方的法律制度,分别制定民律、刑律、商法、币则、讼律、军律等等。这些主张为清末的修律奠定了理论基础。

改良维新派主张设“制度局”以变革法律,而法律的变革必须有学理可循,在《中国法理学发达史论》中,梁启超言:“在诸法燮然淆乱之国,而欲助长立法事业,则非求法理于法文之外。”“一理之明,一法之立,必验之事物事事而皆然,而后定之为不易。”“居今日之中国而治法学,则抽象的法理其最要也。”

(二)沈家本“会通中西”的法理主张

传统的法律体系在世纪初清政府进行的“修律”中瓦解,西方的法律体系被迅速移植。1902年至1911年在日本专家的协助下,清政府制定了《大清新刑律》、《大清民律草案》、《商人通例》、《公司律》、《违警律》、《结社集会律》及《刑事诉讼律草案》、《民事诉讼律草案》、《各级审判厅试办章程》等。清政府甚至预备在中国实行君主立宪政体,颁发了《宣示预备立宪谕》及“宪法大纲”、《宪法重大信条十九条》等。

经过19世纪后半叶与西方的冲突及戊戌变法,变君主专制为君主立宪已成为全社会的共识,而清末修律正是这种共识的产物。让我们先来看被学界称为“顽固派”或“保守派”的清朝廷的态度:1900年八国联军攻入北京,慈禧太后率朝臣西逃,逃亡途中以光绪名义颁诏罪己。在诏书中透露出“欲求振作,须议更张”的变革之意,并要求“军机大臣、大学士、六部九卿、出使各国大臣、各省都督各就现在情形,参酌中西要政,举凡朝章国故”而“各举所知,各抒己见。”^⑰无论是迫于国际的压力,还是为了平息国内的舆论,此时的清朝廷已经放弃了“宁失祖宗之地,不变祖宗之法”的信条,变法的意向已经十分明确。从后来修律过程来看,清朝廷的“变法”之举也并非敷衍。再来看被人们称为“礼教派”、在“礼法之争”中扮演了保守派角色的张之洞等人的态度:张之洞是洋务运动晚期的主将,他的思想核心是“中学为体,西学为用。”清末修律的发起与他有直接的关系。在著名的《江楚会奏变法》的第二折中,他与刘坤一提出了整顿刑律的九点主张,又提出制定“矿律”、“路律”、“商律”、“交涉律”的建议。建议被采纳后,又联名保举“久在秋曹,刑名精熟”的沈家本和“练习洋务,西律专家”伍廷芳主持修律。朝廷与“礼教派”的态度尚且如此,其他各派主张“变革”的急切心情当然自不待言。

然而,“必须变法”的共识并没有弥合人们对“如何变法”不同主张的对立,这就是在修律过程中产生“礼法之争”的原因。被称为“法理派”的沈家本、伍廷芳等人主张不仅要仿效西法的条文体例,而且要吸纳西方法理的学理。而礼教派认为旧律的条文规章可以模仿西方修订,但旧律体现的礼教精神和国情必须于新律中得到再现,而不是消亡。这是一场“主义”之争:“新刑律为采取世界最新之学理,与我国旧律统系及所持主义不同,故为我国‘礼教派’所反对。”^⑧这场争论的一个基本内容是:新律要不要,或怎样体现传统的精神,或在多大的程度吸纳西学。礼教派认为传统有可变与不可变之处,同样西法也有可学与不可学之分。就传统而言:“夫不可变者,伦纪也,非法制也;圣道也,非器械也;心术也,非工艺也。”^⑨与此相应,有违伦纪、圣道、心术的西方法学原理不可学,而西方分别民法、刑法的部门法体系及监狱制度等则可以模仿。张之洞明言中国“必改用西法”,“孔孟之教乃能久存”;但是“知君臣之纲则民权之说不可行也,知父子之纲则父子同罪免丧废祀之说不可行也,知夫妇之纲则男女平权之说不可行也。”^⑩礼教派修律的理想境界是西方的某些制度与中国传统的精神合一。而法理派明言采纳西方“最新之学说”的同时,也一再申明修律的宗旨并不违背中国的传统。法理派的总的构想是运用西方的一些法学理论改造中国法律,以追随世界潮流,以达到融合中西的境界。

沈家本对于中西法律的总结是这样的:“大抵中说多出经验,西学多本于学理。不明学理,则经验者无以会其通,不习经验,则学理无以证其是,经验与学理,正两相需也。”^⑪融合中西,始终是沈家本所追求的目标。

三、民国时期的法理

(一)孙中山“五权宪法”的法理基础

在立宪派转向传统时,以孙中山为首的民主共和派则从戊戌变法的失败中得出了另外的教训,即中国的变革不能走改良之路,立宪理论不适合中国的国情。所以,共和派对清朝廷的立宪与修律的举动另有一番深刻的见解。他们认为清朝廷的立宪不过是在内外压力下的一场骗局。针对立宪派的“开明专制”

和对传统的回归,共和派提出了相反的见解,即通过革命的方式推翻清朝廷的统治,建立民主共和国。但就法理而言,共和派与立宪派并无大的分歧。梁启超在《中国法理学发达史论》中认为法有七种含义,即“平直、制裁”;“准则”;“均布”;“古训”;秩序;“中正平均为体用”;规范。这种法的概念不仅被共和派所接受,而且有所发展。但是,共和派的一个突出特点就是在吸收西方法律学说时并不盲从,与戊戌时的立宪派相比,他们更为冷静。孙中山“五权宪法”的构想就是在分析了西方社会三权分立的弊病时提出的。在谈到法律问题时共和派不仅注重到法应该包含怎样的内容,而且注重到法律应该体现怎样的精神和发挥怎样的作用。孙中山明确指出:法律,尤其是宪法应该是民意的体现,权力应当受到法律的制约。在就任南京临时政府大总统短短的三个月的时间中,孙中山下达了一系列保障民权和社会改革的法令并确立了民主共和的政体。在南北议和达成协议,孙中山卸任之前,经参议院决议后颁布了《中华民国临时约法》,对总统权力做了进一步的限制。

民主派兴起之时,西方资产阶级社会的黑暗面开始日益暴露:资本主义社会中的贫富差别、资产阶级对殖民地的残酷掠夺、世界性的战争等等。立宪派此时虽然仍坚持君主立宪的主张,但已开始向传统回归。所以立宪派反对在中国实行民主派提倡的民主共和制度。而民主派虽然坚持民主共和的立场,但也开始注意到对传统文化的吸取。

孙中山对西方社会的法律、制度、文化进行了比较,并力图寻找出中国落后于西方的原因和中国的出路。孙中山认为,中国要摆脱贫困落后必须追随世界的潮流,实行法治。但在效法西方的同时也必须注意到西方已出现的社会弊病,以避免同样的问题出现于中国。

第一、孙中山在改革传统法时注意到对西方理论的深入理解和运用。他认为中国的出路在民主共和制度的确立,而民主共和制度确立的基础是近代化的法治:“国与天地,必有与立,民主政治赖以维系不敝者,其根本存于法律,而机枢在于国会。必全国有共同遵守之大法,斯政治之举措有常规;必国会能自由行使其职权,斯法律之效力能永固。所谓民治,所谓法治,其大本要旨在此。”^⑫

要实行法治,就必须改造传统的人治观念。孙中山认为在民主共和的国家中为了保障人民的权益,必须以法律的是非为是非,“只可以人就法,不可以法就人。”²²传统的人治思想是为帝王张目的,是古代社会战乱频繁的原因。因为“君主专制国家,因人而治,所谓一正君而天下定。数千年来,只求正君之道,不思长治之方。而君之正,不可数数见,故治常少,而乱常多。”²³只有民主与法治才能弥补贤人政治的缺陷,才能保证国家长治久安。同时,孙中山认为法治也有局限性,如因受政治影响,法律有时在现实执行中会悖于公理,而且法律无法穷尽世间之事,因此在建立法治国家的同时,国民不能放弃道德的追求。治理国家既要服从法律,也要“风以道德”,²⁴而且道德应成为判断法律优劣的标准。但是“风以道德”须在民主法治的原则下实现,而不是在人治中实现。运用西方法学的理论,孙中山重新解释了权势与法律的关系。他认为法治国家的最高目标是保障人民的权利,因而法律是人民意志的体现。权势或权力只是执行法律的一种手段,法治国家中“权”与“法”的关系应该是“法律者,治之体也;权势者,治之用也。”²⁵这种法律为体,权势为用的思想颠倒了以往几千年的法与权的关系,从理论上说法律从此成为人们的理想,而不再是皇帝的御用工具。

第二、孙中山吸纳西方学说时也注意到了对中国的优良传统的发掘。孙中山认为西方的社会并不是一个完美的社会。他注意到“英国财富多于前代不止数千倍,人民的贫穷,甚于前代也不止数千倍,并且富者极少,贫者极多。”²⁶

西方出现的社会问题使孙中山认识到西方资本主义的法治理论也存在着缺陷,三权分立的体制缺乏官员选拔的规则,难以保证议员及官吏的素质。而且在行政运作中,政府受议员的挟制,动辄得咎,有形成议员专制的倾向。因此孙中山反对照搬西方制度,认为要建立一个真正的理想的共和国,必须用中国的优良传统弥补西方理论的不足。在此基础上,孙中山提出了“五权宪法”的理论。即立法、司法、行政、考试、监察五权分立,互相制衡。五权宪法的理论显然吸收了中国传统的考试和监察制度。孙中山欲用考试制度保障官吏的素质,以杜绝一些愚昧无知的人通过各种手段当选为议员或成为政府的官员。考试权的独

立是防止官场腐败无能的第一步。监察权的独立则是分议会之权,使议员亦不能随心所欲。它可以防止议员贿赂选民,挟公济私,掣肘政府。同时也有利于对官吏的监督,防止官吏利用职权进行非法活动。

从立宪派主张三权分立到孙中山提出“五权宪法”,中国的思想家、政治家对西方的学说由崇拜开始逐渐转向甄别。对传统文化也从彻头彻尾的批判开始逐渐转向较为冷静的反思。

(二) 马克思主义法理与中国共产党对法律的认识

1. 马克思主义法理

马克思主义法学形成于19世纪中叶,法国学者亨利·莱维·布律尔在《法理社会学》中这样介绍了马克思主义法学:“将近19世纪中期,由于两位德国思想家马克思和恩格斯的出现,一种崭新的法律观诞生了。这一法律观彻底区别于以前的所有法理学说。……马克思和恩格斯是两位社会改革家,他们继承的是英法社会主义者的传统,……尽管卡尔·马克思曾攻读于柏林大学法律系,但他们首先是经济学家。马克思同时也是哲学家。他曾一度被黑格尔的学说所吸引,而他(马克思)对于法律的想法在一定程度上这是得到了这位导师(黑格尔)的启发。”^{[7] P15}

马克思主义的法理即吸收了前人法学研究的成果,也深刻地批判了各法学派的偏见并指出了他们的局限性。马克思主义法理主要包含了两个内容:第一、法律与国家政权相辅相成,都是历史发展的产物,其随着人类社会的发展而产生,也必将随着人类社会的发展而消亡。但是,社会主义政党并不放弃法的要求。恩格斯在《法学家社会主义》中说:“活动着的社会主义政党,象所有政党一样,没有这种法的要求是不行的。某一阶段为了实现依据共同利益所提出的要求,只有通过夺取政权,并以法律形式使其要求具备普遍约束的效力。”^{[8] P104}第二、以往的法是统治者意志的体现,而这种意志最终决定于物质生活条件。马克思言:“我的研究得出这样一个结论,就是法律关系,如同国家形式一样,既不能从它们本身来理解,也不能用所谓人类精神的一般发展来解释,恰恰相反,它们是根源于物质生活关系。”^{[8] P1}

马克思、恩格斯关于法的论述,虽然为西方主流学派所排挤,但马克思、恩格斯对法学的贡献却是世

所公认的。正如亨利·莱维·布律尔在《法律社会学》中所论述的那样:

“必须承认, 马克思主义法律学说是法律科学的一大贡献, 其贡献不在于该学说的法律观本身——这种法律观似乎是难以接受的, 而在于该学说所完成的批判工作, 这一工作恰好与历史法学派的批判工作殊途同归, 共同推翻它们以前的各种学派所坚信的法律规定的所谓理性基础。马克思主义法律学说的有力贡献还在于剥去了法律的神圣外衣, 甚至可以说, 破除了法律的神秘力量, 使人们得以把它作为社会生活的一项正常内容, 人们能够、也必须像考察整个社会其他现象, 诸如艺术、语言等现象那样来考察它。从此, 道路开辟了, 对于法律事实可以有实际的概念, 这正是社会法学派所公开主张的概念。”^[7]¹⁷

马克思、恩格斯的法学理论, 将人们对法的价值的理论论述引向对法的实事的科学考察, 这一道路的开辟, 不仅丰富了原本就底蕴厚重的西方法学理论, 而且通过批判也使西方法理学说产生了实质性的进步。

2 马克思主义法学在中国的发展

1919年俄国十月革命, 马克思列宁主义传播到中国, 马克思主义的法学也逐渐传入并为中国共产党所实践。

值得注意的是, 马克思主义传入中国的时候, 中国正面临着巨大的民族危机, 马克思对中国遭遇的深切同情和对西方资本主义贪婪与虚伪的揭露, 自然在中国社会各个阶层引起强烈的共鸣。1924年, 孙中山在国民党第一次全国代表大会上作《中国国民党第一次代表大会宣言》其中有这样一段话: “近世所谓各国民权制度, 往往为资产阶级所专有, 适成为压迫平民之工具。若国民党民权主义, 则为一般平民所共有, 非少数人所得而私也。”毛泽东非常的赞赏这

一“民权”为“平民所共有”的主张, 在 1940年的《新民主主义论》、《新民主主义的宪政》、1949年《论人民民主专政》中反复引用。^[2]毛泽东指出, 以蒋介石为首的国民党背叛了这个宣言。毛泽东总结了近代中国学习西方的过程, 说: “自从 1840年鸦片战争失败那时起, 先进的中国人, 经过千辛万苦, 向西方国家寻找真理……帝国主义的侵略打破了中国人学西方的迷梦。很奇怪, 为什么先生老师侵略学生呢? 中国人向西方学得很不少, 但是行不通, 理想总是不能实现。多次奋斗, 包括辛亥革命那样全国规模的运动, 都失败了。国家的情况一天一天坏, 环境迫使人们活不下去。怀疑产生了, 发展了, 增长了。第一次世界大战震动了全世界。俄国人举行了十月革命, 创立了世界上第一个社会主义国家……中国人从思想到生活, 才出现理论一个崭新的时期。中国人找到了马克思列宁主义这个放之四海而皆准的普遍真理, 中国的面貌就起了变化了。”“就是这样, 西方资产阶级的文明, 资产阶级的民主主义, 资产阶级共和国的方案, 在人们的心目中一起破了产”。毛泽东对中国近代史的总结, 有两点值得注意, 一是历史证明马克思主义是拯救中国的唯一之“主义”; 二是中国马克思主义的民权观区别于西方, 其吸取了孙中山的“平民所共有”的思想, 主张宪法与法律服务于大多数人, 即劳苦大众。同时鉴于当时中国共产党发展的艰难而残酷的环境, 共产党对法律的“专政”职能格外重视, 毛泽东说: “军队、警察、法庭等项国家机器, 是阶级压迫阶级的工具。对于敌对的阶级, 它是压迫的工具, 它是暴力, 并不是什么‘仁慈’的东西。”^[3]毛泽东的宪政思想和法律主张成为陕甘宁边区革命根据地抗日民主政权立法的指导思想, 也成为 1949年中华人民共和国成立后, 法理之渊源。

注释:

① 参见:《近代史资料》1957年第1期,第125页。

② 参见:《海国图志·筹海篇》。

③ 参见:《海国图志》(百卷本)卷五十九《外大西洋墨利加洲总叙》。

④ 中国大百科全书出版社 1984年版。

⑤ 近代中国法理学研究状况参见张骥:《继承与超越——二十世纪前半叶中国法理学回顾论纲》载《中外法学》2000年1期;孙育玮:《中国法理学的世纪回顾》载《上海师范大学学报(哲社版)》2003年4期;何勤华:《中国近代法理学的诞生与成长》载《中国法学》2005年3期。

⑥ 参见:《五十年中国进化概论》,载《饮冰室合集》第5册,中华书局1989年版。

⑦ 关于近代“权利”一词的出现与定义,参见俞江:《近代中国民法学中的私权理论》,北京大学出版社2003年版,第83—98页。

⑧ 参见:《严几道文抄·卷二·论世变之亟》。

- ⑨ 参见:《自由书·放弃自由之罪》,载《饮冰室合集》第6册,中华书局1989年版。
- ⑩ 参见:《新民学·第八节·论权利思想》,载《饮冰室合集》第6册,中华书局1989年版。
- ⑪ 参见:《严译名著丛刊·孟德斯鸠法意》(上册)商务印书馆1981年版,第258页。
- ⑫ 参见:《饮冰室合集》第2册,中华书局1989年版。
- ⑬ 参见:《康海南自编年谱》,载《戊戌变法》第4册,上海神州国光社1953年版。
- ⑭ 参见:《致汪康年》,载蔡尚思、方行编《谭嗣同全书(增订本)》下册,中华书局1990年版。
- ⑮ 参见:《仁学》,载蔡尚思、方行编《谭嗣同全书(增订本)》下册,中华书局1990年版。
- ⑯ 参见:《适可斋记言记行》。
- ⑰ 参见:《德宗景皇帝实录四七六》。
- ⑱ 参见:《法政浅说报》第十一期,宣统二年(1910年)。
- ⑲ 参见:《张文襄公全集·劝学篇》。
- ⑳ 参见:沈家本《王穆伯佑新著无冤录序》,载《历代刑法考四》,中华书局1984年版。
- ㉑ 参见:《大元帅辞职临时通知》,载《孙中山全集》第4卷,中华书局1985年版。
- ㉒ 参见:《接见国会议员代表的讲话》,载《孙中山全集》第4卷,中华书局1985年版。
- ㉓ 参见:《元旦布告》,载《孙中山全集》第4卷,中华书局1985年版。
- ㉔ 参见:《批林修梅书》,载《孙中山全集》第5卷,中华书局1985年版。
- ㉕ 参见:《驳保皇书》,载《孙中山全集》第1卷,中华书局1981年版。
- ㉖ 参见:《三民主义与中国前途》,载《孙中山选集》上卷,人民出版社1981年版。
- ㉗ 参见:《毛泽东选集》人民出版社1966年版,中国人民解放军战士出版社翻印,1967年版,第637、691、1414页。
- ㉘ 参见:《论人民民主专政》,载《毛泽东选集》人民出版社1966年版,中国人民解放军战士出版社翻印,1967年版。

参考文献:

- [1] 伏尔泰. 风俗论(上册)[M]. 蒋守铨译. 北京:商务印书馆,1995.
- [2] 马克思恩格斯选集(第3卷)[M]. 北京:人民出版社,1972.
- [3] 熊月之. 西学东渐与晚清社会[M]. 上海:上海人民出版社,1994.
- [4] 李贵连. 近代中国法制与法学[M]. 北京:北京大学出版社,2002.
- [5] 沈宗灵. 法理学(第二版)[M]. 北京:北京大学出版社,2003.
- [6] 葛洪义. 法理学[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999.
- [7] [法]亨利·莱维·布律尔. 法律社会学[M]. 许钧译. 上海:上海人民出版社,1987.
- [8] 马克思恩格斯论国家和法[M]. 北京:群众出版社,1958.

Forming and Development of Chinese Modern Jurisprudence

Ma Xiaohong

(Law School of Renmin University of China Beijing 100872)

【Abstract】 Forming and development of Jurisprudence in Chinese modern society is bound up with expansion and introduction of the western learning and the Chinese character in modern society. When the western learning spread and developed in China, exactly Chinese witnessed traditional law discomposed and cracked. The winds of criticizing tradition and absorbing western learning brought Chinese modern Jurisprudence, just because this few traditional law in legal system. However, the emerging Jurisprudence gradually begins to bond with tradition Jurisprudence with the society's development, the ideologist also confirms traditional to a certain extent and explores how to combine Chinese and Western.

【Key words】 western learning; jurisprudence; tradition

(责任编辑:孙培福)