

清末民初中国比较法学的产生

陶广峰*

比较法作为法学的一门分支学科,在国外已有近二百年的历史,但在中国,至少在近代以前,应当说是不存在的。这期间,虽也产生了《唐律疏议》、《大学衍义补》、《唐明律合编》等法学著作,但由于它们仅限于对本国法律的比较研究,没有对外国法的比较研究,因而不能称之为比较法学。因为比较法学不仅是以比较的方法研究法的问题,更是对不同国家的法律制度进行对比研究的学科。所以,上述各典籍依现代比较法学的标准来衡量,都不能算作比较法学的著作。也就是说,至19世纪末止,中国并未出现严格意义的比较法学。只有到了清末,中国面临亡国灭种的危险,清廷不得不进行法律改革,方才开始对西方资本主义国家的法律(包括日本的法律)进行学习,开始对西方法律进行比较研究。也就是说,中国严格意义上的比较法学的出现,是在西方列强入侵之后伴随着清王朝的法律改革开始出现的。本文就是在这个意义上使用比较法学一词,并叙述其产生的条件与过程的。

一、中国比较法学产生的历史条件

中国的比较法学是在民族危机深刻、不得不变法图存、不得不重新认识自己一向视为优越的文化传统和不得不尊重被自己视为“夷狄”的法律文化的历史条件下产生的。因此,它一开始就带有一些鲜明的特点,如批判自己和尊崇对方、与社会改革紧密联系、全面研究各种法学问题等。这些与生俱来的特点一直深深地影响着以后百年来的中国比较法学。

(一)“今日立国不能不讲西法”的认识

鸦片战争后,一批中国知识分子在经世致用的务实精神指导下,为探寻鸦片战争失败的原因,开始睁眼看世界,去了解“西洋岛夷”,并出版了一批由中国人自己编著的世界政治历史地理书籍。著名的如林则徐和他的幕僚们编译的《四洲志》、《寰达尔各国律例》、《华事夷言》,姚莹的《康疆纪行》、杨炳南的《海录》、魏源的《海国图志》、徐继畲的《瀛寰志略》、梁廷的《海国四说》、陈逢衍的《英吉利考略》、汪文泰的《红毛英吉利考略》等等。这些著作中包含了大量的西方法律文化信息,为当时的中国人将中国的政治法律制度与西方诸国进行初始比较,提供了便利。实际上,这批著作出版的本身,便是在比较思想指导下取得的。从这些著作在叙述西方政治法律制度时使用的赞美、褒扬之词,即可得到证明。如《海国图志》认为西方的议院制度“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

* 兰州大学法律系副教授。

在下预议之人,亦先由公举,可不谓周乎?”认为美国的总统由选举产生,四年一换,“可不谓公平。”

《瀛寰志略》是这样介绍和评价华盛顿总统和美国的政治制度的:华盛顿“既定国,谢柄欲归田,众不肯舍,坚推立当国主。顿乃与众议曰,得国而传子孙是私也。牧民之任,宜择有德者为之。”“美利坚合众国以为国……不设王侯之号,不循世及之规,公器付之公论,创古今未有之局……”;“每国设刑官六人,主谏狱。亦以推选充补,有偏私不公者,群议废之”;美国总统“以四年为任满,集部众议之,众皆曰贤,则再留四年”;“退位之统领,依然与齐民齿无所异也”;“统领虽总财赋,而额俸万圆之外,不得私用分毫”。

梁廷 的《海国四说》对美国的总统制、联邦制、选举制、三权分立制度以及刑法、税法,对英国的国会、刑法、诉讼、监狱等,也进行了介绍。该书对西方各国社会、风土人情,尤其政治法律制度不乏肯定,乃至赞美的介绍,虽不能完全地说就是一种中西比较,但其蕴含的比较之意却是颇为明白的。

正是上述一批有关西方的著作出版以及中西方交往的增多,渐使中国的士大夫们了解了西方政治法律制度之于富国强兵的关系,并进而认识到,中国谋求富强,不能仅依靠武器和制造机械,更重要的是学习西方的本原,对西方的器物文化,有待于从它的制度文化得到解释。而最早看到这种差异并进行简单比较的,当是19世纪70—80年代清廷派驻国外的使臣。

1875年8月被清廷派往英国的中国第一位驻外使节郭嵩焘就认识到“西洋之所以日致富强也”,就在于制度民主,在于议院制度,因为有“议议院”,执政者“所行或有违忤,议院群起攻之”,“故无敢有恣意妄为者”。^[1]他们发现西方各国国民的思想观念和法律制度,同清朝比有很大的不同。清帝居于法律之上,君王口出法随,西方国家则“君主不尊,律例为尊”^[2]。使臣们从比较的角度,明确提出了“今日立国,不能不讲西法”^[3]的口号。

“今日立国,不能不讲西法”这一呼声在当时是极其微弱的,但对比较法之在中国兴起而言,却是关键性和方向性的。因为比较法之所以能发展成为法学的一门分支学科,正是由于近代以来国际交往日益频繁,交往范围日益扩大,交往内容往往涉及法律问题,各国亟需了解外国法制的现实需要。中国认识到讲求西法的重要性是一大进步。

从比较的角度,对西方文化作出“洞本见源”认识的先驱当数改良派的郑观应。郑观应在其《盛世危言·自序》中说:“(观应)涉重洋,日与彼都人士交接,察其习尚,访其政教,考其风俗利弊得失盛衰之由,乃知其治乱之源,富强之本,不尽在船坚利炮,而在议院上下同心。……中国遗其体而求其用,无论蹶蹶步趋常不相及,就令铁舰成行,铁路四达,果足恃哉?”不仅如此,他还在《盛世危言》等书中,专章评述英、美、法、德等国议会制度及其得失,并与中国相比较,力倡设立议会与选举制度。他还论述中西律例不同,主张考订西律,制订“通商交涉规则”,培养熟悉中外律例司法人员,主张效法日本,提出“更定刑章,仿行西例”,以便收回领事裁判权。

维新派的康有为、梁启超、严复等对中西法律的比较,则较上述清廷驻外使节更进一步。尤其严复的比较,更令人耳目一新。他在《论世变之亟》一文中说:中西“自由既异,于是群异丛然以生,粗举一二言之:则如中国最重三纲,而西人首倡平等;中国亲亲,而西人尚贤;中国以孝治

[1] 郭嵩焘:《伦敦与巴黎日记》。

[2] 刘锡鸿:《英国私记》。

[3] 薛福成:《出使英法意比四国日记》。

天下,而西人以公治天下;中国尊主,而西人隆民;中国贵一道而同风,而西人喜党居而州处;中国多忌讳,而西人众讥评。其用财也,中国重节流,而西人重开源;中国追淳朴,而西人求观虞。其接物也,中国美廉屈,而西人务发舒;中国尚节文,而西人乐简易。其于为学也,中国多夸识,而西人尊先知。其于祸灾也,中国委天数,而西人恃人力。”黄遵宪更在《日本刑法志序》中比较了中西刑法的差异。他说:“中国所重在道德,遂以刑法为卑卑无足道也。而泰西论者专重刑法,谓民智日开,各思所以保其权利,则狱讼不得不滋,法令不得不密,其崇尚刑法以为治国保家之具,尊之乃若圣经贤传。然同一法律,而中西立论相背驰至于如此者,一穷之本,一究其用故也。”

总之,自鸦片战争失败到19世纪末,中国的比较法学研究,始于“师夷长技以制夷”,渐至认识到中国的技艺、练兵不如人,正由其政教国体不如人。由此可见,比较法学在中国自产生伊始便显示出其重大的实用价值和有着巨大的用武之地。而当时这些中国的比较法学先驱们对西方政治法律制度的比较研究,也正是后来清廷进行政治法律改革的重心。

(二) 清末法律改革实践的需要

就清末的比较法研究而言,无论上述的驻外使臣,还是改革派、维新派,他们所起的作用之于比较法学在中国的诞生来说,充其量也只能起到舆论先导的作用,即以其亲身阅历和学识,指出“今日立国,不能不讲西法”,即指出比较法有益于“今日立国”,在“今日立国”中有重大作用,但真正促使比较法学在中国土地上产生的则是比较法本身的功能,是“比较法可以为立法者提供高质量的可供本国立法参考乃至移植的外国法资料”^[4]这一比较立法作用使然。从历史上看,比较法学最初便是从比较立法开始的,是人们在从事立法工作时方认识到比较法学的价值的。事实上,中国的比较法学即是随着清廷大规模的比较立法的开始而出现的。二者的关系可从以下事实中表现出来:

1. 确立“兼取中西”的指导思想

甲午、庚子战后,民族危机加深,一些政治家、法律家纷纷上书朝廷,要求修改固有的法律,而且以日本为例,说明参酌西方,修改现行法律便可达到强国之目的。如沈家本即认为:“日本则我同洲同种同文之国也,……明治以后,采用欧法,不数十年,遂为强国”。^[5]两广总督岑春煊也上书朝廷,要求“组织立法机关,明定法律宗旨,讲明法律性质,编纂法律成典,以及陈请钦差大臣,并延聘外国法律名家以备询问。”戴鸿慈也认为:“讲求新政,以长驾远驭之资,任启后承先之重,允宜采取各国之法,编纂大清国法律全典,于守成、统一、更新三主义兼而有之”,又说“振兴法治,实属当今切要之图。”^[6]清政府1901年1月29日的上谕也提出应“取外国之长……去中国之短”,并认为“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学之本原。”^[7]后又令沈家本和伍廷芳为修订法律大臣,令其“兼取中西”,“修订法律”,^[8]并成立修订法律馆,专主修律事宜。

2. 研究西法从译书开始

[4] 沈宗灵:《比较法总论》,北京大学出版社1987年版,第30页以下;[德]茨威特格:《比较法总论》,贵州人民出版社1992年版,第27页以下。

[5] 沈家本:《新译法规大全序》。

[6] 《清末筹备立宪档案史料》,下册,第833页以下。

[7] 《义和团档案材料》,下册,第914页以下。

[8] 《张文襄公全集·奏议》54卷。

沈家本等人到修订法律馆后,确立了“参酌各国法律,首重翻译”的指导思想,广招欧、美、日本留学生,翻译外国法典、单行法规及法学专著达百种以上。名目甚多,据沈家本光绪三十一年三月二十日《删除律例内重法折》记载,修订法律馆“自光绪三十年四月初一日开馆以来,各国法律之译成者,德意志曰刑法,曰裁判法,俄罗斯曰刑法,日本曰现行刑法,曰改正刑法,曰陆军刑法,曰海军刑法,曰刑事诉讼法,曰监狱法,曰裁判所构成法,曰刑法义解,校正者法兰西刑法。至英、美各国刑法,……该二国虽无专书,然散见他籍者不少,飭员依类辑译,不日亦可告成。”由上可知,修订法律馆虽不满一年已译出德、俄、日、法四国刑法等11部,法学著作日本《刑法义解》1部,其工作效率应当说还是相当可观的。同时,从上述还可看出,修订法律馆的早期翻译重点在刑法,且以日、德、主要是日为主。

至光绪三十三年五月,修订法律馆已开馆两年零一月,沈家本在《修订法律情形并请归并法部大理院会同办理折》中又对其翻译成果作了介绍,已译出的是:法兰西刑法、德意志刑法、俄罗斯刑法、荷兰刑法、意大利刑法、法兰西印刷律、德国民事诉讼法、日本刑法、日本改正刑法、日本海軍法、日本陆军法、日本刑法论、普鲁士司法制度、日本裁判所构成法、日本监狱访问录、日本新刑法草案、法典论、日本刑法义解、日本监狱法、监狱学、狱事谭、日本刑事诉讼法、日本裁判所编制立法论等共26种;^[9]已译而未译完者计10种:德意志民法、德意志旧民事诉讼法、比利时刑法论、比利时监狱则、比利时刑法、美国刑法、美国刑事诉讼法、瑞士刑法、芬兰刑法、刑法之私法观等。^[10]沈家本的这次统计,虽包括建馆一周年时的统计,但我们也可以看出,从光绪三十二年到三十年的工作成绩远较第一年为大。这一时期虽为配合新刑律的制订,仍较多地翻译了刑法,尤其日本刑法等,但所涉国家、所涉部门法已远远超过开馆第一年的范围。特别是这一时期,还翻译了更多的法学著作,为以后的比较法学研究奠定了基础。

光绪三十三年(1907)民政部等奏请编订民律。为配合民法的制订,修订法律馆在其后两年的翻译工作中,又将重点移至对外国民法的翻译方面。这一时期主要译出了:德国民法总则条文、奥国亲属法条文、法国民法总则条文、法国民法身份证条文、法国民法失踪条文、法国民法亲属条文、日本奥田义人所著继承法、奥国民事诉讼律、德国强制执行法及强制竞卖法、日本法律辞典。尚未翻译完毕的有:日本冈松参太郎著民法理由总则物权债权、德国改正民事诉讼法、德国破产法条文等。^[11]

光绪三十三年十一月,修订法律馆改组,脱离原法部而独立,沈家本再次被任命为修订法律大臣,并于十一月二十七日正式开馆办事。至宣统元年,沈家本又对第二次开馆以来的翻译成果作出统计,共有:法律名词、日本商法、德国海商法、英国国籍法、美国国籍法、德国国籍法、奥国国籍法、葡萄牙国籍法、各国入籍法异同考、比较归化法、日本民法(未完)、德国民法(未完)、法国民法(未完)、奥国民法(未完)、西班牙国籍法、日本票据法、美国破产法、美国公司法论、英国公司法论、亲族法论、日本加藤正治破产法论、罗马尼亚国籍法、意大利民法关于国籍各条、德国改正民事诉讼法(未完)、日本条约改正后关于外国人之办法、德国强制执行及强制竞卖法(未完)、日本改正刑事诉讼法、日本改正民事诉讼法、日本现行刑事诉讼法、日本现行民事诉讼法、法国刑事诉讼法(未完)、奥国法院编制法、奥国民事诉讼法(未完)、裁判访问录、国

[9] 沈氏称已译出26种,经核实为23种。待考。

[10] 《清末筹备立宪档案史料》,下册。

[11] 《大清宣统新法令》

籍法纲要及调查员志田钾太郎意见书、日本民事诉讼法注解、日本刑事诉讼法论、日本民事诉讼法论纲、德国高等文官试验法、德国裁判官惩戒法、德国行政官惩戒法、国际私法等42部。上述42部翻译成果,不仅所涉国家、所涉法律部门又较前增加,同时,还适应了当时编订诉讼法、商法等需要。尤其需指出的是,该42部译作中,法学著作不仅占到四分之一强,而且还出现了《各国入籍法异同考》、《比较归化法》等两部西方比较法学专著。这些法学著作的翻译,对近代中国的比较法学有直接的促进作用。

清末的宪政编查馆对比较法学诞生于中国所起的作用也是不应低估的。光绪三十三年七月五日,庆亲王奕匡在奏请“改馆”的奏折中称:“预备立宪以来,天下臣民,喁喁望治。现在入手办法,总以研究为主。研究之要,不外编辑东西洋各国宪法,以为借镜之资;调查中国各行省政俗,以为更新之渐。”^[2]清廷在上谕中也要求宪政编查馆“择各国政法之与中国治体相宜者,斟酌损益,纂订成书”。^[3]为此,这个仿自西方国家法制局的宪政编查馆,还专门设了“译书处”,“凡各国书籍为调查所必需者应精选译才陆续编译”,^[4]同时,还“另设图书馆一所”,专门“收储中外图籍”。不仅如此,各省设立的调查局也收集和翻译外国的法律、法规及法学著作。正是由于宪政编查馆及各省调查局的研究工作和大力宣传,加之宪政编查馆较好地使用了奕匡提出的:“研究之要,不外编辑东西洋各国宪法,以为借镜之资”的方法,也使得“比较宪法”这一分科远较比较法学其他分科在中国更早产生。同时,翻开清末群臣关于立宪的奏议,不论立宪派还是反对派,都能大谈西方宪政历史和宪法理论,这表明了宪政知识已在一定程度普及,这也有利于促进“比较宪法学”在中国的早日诞生。

除上述沈家本等人主持的修订法律馆组织翻译了一大批西方法律、法学资料外,清末其他各派势力如外国传教士、洋务派、改良派、资产阶级革命派也大都进行了翻译法律、法学资料的工作,并倾注了很大的热情。如梁启超即认为:“夫政法者,定国之本也。故今日之计,莫急于改宪法。必尽取其国律、民律、商律、刑律等书而译之”;^[5]康有为也认为:“宜采罗马及英、美、德、法、日本之律,重定施行,不能骤行内地,亦当先行于通商各口,其民法、民律、商法、市则、船则、诉律、军律、国际公法,西人皆极详明,……故宜有专司,采定各律以定率从”。^[6]

中国第一部西方法律译书——《万国公法》,即系美国传教士丁韪良于1862年,即同治元年译出。由于1864年总理衙门的官员依据该书的原则,迫使普鲁士释放了在中国领海捕获的一艘丹麦船,因而颇得恭亲王奕诉称道:“此乃吾所急需者也”,并说:“虽然此书所记之外国律例,与中国体制大不相同,仍不乏有用之处”,认为“这本书尚有羁縻外国领事之法,可为我援”,因而下令刊印三百本,分发各省官员。^[7]

1880年京师同文馆化学和天文教习法国人毕利干翻译了中国第一部西方专国法律——《法国律例》。该书由丁韪良作序,内容包括:刑律、刑名定范、贸易定律、园林则律、民律、民律指掌六个部分。

这一时期译介的主要外国法学书籍还有:《公法会通》、《公法便览》、《公法千章》、《中国古

[2] 《宪政编查馆全宗档案》,《档案史料》上册,第45页。

[3] 《设立考察政治馆酌各国政法纂订成书呈进谕》

[4] 《清末筹备立宪档案史料》上册,第50页。

[5] 《清末筹备立宪档案史料》下册,第838页。

[6] 《康有为政论·上清帝第六书》

[7] 《筹办夷务始末》咸丰朝,第72卷;[美]乔纳森·斯潘塞:《改变中国》,三联书店1990年版,第134页。

世公法》、^[18]《公法总论》、《各国交涉公法》、《各国交涉便法》、《比国考察犯罪纪略》、《西法洗冤录》^[19]、《公法总论》、《法使指南》、《欧洲东方交涉记》、《中西关系略论》、^[20]《英俄印度交涉书》、^[21]《佐治刍言》、《国政贸易相关书》、《列国岁计政要》、《美国宪法纂释》、《东方交涉论》、《各国交涉公法论》、《东方交涉记》、《日本东京大学规制》^[22]等,并出版有专论法政或法律类的西学丛书,如《西政丛书》、《质学丛书》、《西学富强丛书》、《续西学大成》、《新学大丛书》等。另外,像卢梭的《社会契约论》(当时译为《民约论》)、孟德斯鸠《论法的精神》(当时译为《法法精神》)、斯宾塞的《代议政体》(当时译为《原政》)、《美国独立宣言》(当时译为《美国独立檄文》)等,也是这一时期被介绍到中国的。

不仅如此,当时民间的出版机构如上海的商务印书馆,也借助租界这块“自由土壤”大量译介西方政法书籍。从其宣统元年(1909年)出版的《大清光绪新法令》第一册末插页上刊发的商务印书馆政法书目(上、下),即可知晓商务印书馆当时出版政法类书籍数量之大。该书目计分11部类,除第1部类“法令部”为清廷筹备立宪和改律所制颁的法律、法令,第10和11两类分别为“财政部”和“统计部”,即财经类书籍外,其余8个部类全系翻译,或国内人士写作的政法类书籍。兹将第2部类“政法总类部”始录于次,以作了解西方法律、法学之对中国的影响和了解中国法学发展状况、尤其比较法学情况参考之用。

政法总类部:法制经济通论、日本早稻田政法理财讲义、汉译日本法律经济辞典;

法律部:日本法规大全、日本六法全书、比较国法学、国法学、法学通论、日本法制要旨、日本明治法制史、行政法泛论、行政法各论、民法原论、严译孟德斯鸠法意;

警察监狱部:警察讲义录、日本警察法述义、日本监狱法详解;

外交部:国际公法大纲、中国合于国际公法论;

政治部:列国政要、欧美政治要义、泽公考察政治要义、严译政治讲义、政治学、政治泛论、政治一斑、列国政治异同考、严译社会通论、严译群学肆言、严译群己权界论;

宪政部:万国宪法比较、政治及比较宪法论、宪政论、宪法研究书、日本预备立宪过去事实、汉译日本宪法义解、宪政初纲、立宪国民读本;

议会部:议会政党论、十六国议院典例、日本议会法规、日本议员必携、日本议会纪事全编;

地方自治部:欧洲大陆市政论、地方自治财政论、地方自治浅说。

商务印书馆所出政法类书籍,与别处译书的最大不同是法学著作多于法律、法典类书籍,可见商务印书馆之于比较法学在中国的诞生功不可没。同时,也正是清末上述各派势力译介的这一大批西方法律、法学书籍,为清末的比较立法工作提供了大量的可资借鉴的外国法资料。

3. 派人出去实地考察学习

1905至1906年清廷派载泽、戴鸿慈等五大臣组成九国政治考察团,出洋考察各国宪政。五大臣出洋考察既是清末从“变法新政”到“预备立宪”的一个中间环节,也是清廷从事比较立法的重要组成部分。九国宪政考察团在考察过程中收集了大量日本、欧美法律、政治方面的书

[18] 梁启超:《西学书目表》。

[19] 《江南制造局记》

[20] 参见李贵连:《近代中国法律的变革与日本影响》,《比较法研究》1994年第1期;阿涛、祝环:《清末法学输入及其历史作用》,中国政法大学编《法学论文集·法制史》,1990年第三卷。

[21] 《出版史料·江南制造局翻译馆史略》,1989年第1期。

[22] 熊彤:《西学东渐与晚清社会》,上海人民出版社1994年版,第517页。

刊。这些资料对清末的立宪起到了重要的参考作用。

除五大臣出洋考察外,对比较立法活动推动比较大的派员出国学习活动还有:输送了大批法科留学生赴日本、美国、英国等学习,并于回国后委以重任,著名的如:王宠惠、严锦荣、章宗祥、曹汝霖等;修订法律馆1906年4月派出赴日考察团;另有大批奏请自费人员赴日本考察法政制度、监狱警察等事宜……。

光绪以前已有赴欧美的留学生,其中学习法政者不乏其人。如1872年何启已在美国就读于帕尔玛学校,1879年又入英国林肯法律学院学习。后被清廷任命为修订法律大臣,并成为民国名人的伍廷芳也是在1875年入英国林肯法律学院学习法律的。一般讲,中国第一批赴欧美学习法政的留学生是在第二次鸦片战争后。20世纪初,清政府为推行“预备立宪”,加快了法政人才的培养,并制订了相应的考核奖励措施。如1906年清政府举行第二次留学欧美毕业考试,据李喜所《近代中国的留学生》所载,考生中从欧美来的毕业生经考试得到进士出身者8人,其中法政科5人。1908年,美国出台了庚款议案,使得中国留学欧美学习法政的人数大增,加之清政府挑选严格,因而学生学业水平普遍高于留日学生,且大都进入高质量学校学习。这一时期留学欧美习法政的学生,呈现出量少质高的特点。

赴日学习法政的学生较之留学欧美的稍晚。据已知材料记载,中国最早名副其实赴日学习法科的是广东顺德人罗普。罗普系康有为万木草堂嫡传弟子,1897年只身来到日本,次年年初“由日本当道举入”早稻田专门学校学习法科,“讲习万国律例之学”,^[23]揭开了留学日本习法政的序幕。此后人数逐年递增,仅光绪二十四年(1898年)四月开始回国的就有日本帝国大学、东京都法学院、日本法律学校政法类毕业生18人,知名的如吴振麟、章宗祥、曹汝霖、丁文江等。另据1902年印发的《清国留学生会馆第一次报告》,学法政、军事、警察类的留学生即占当时统计人数608人的一半以上。1903年留日学生1300余人,习法政等学科者仍占首位。以早稻田大学为例,最初入该校本科和政法理财科学习的为762人,1907年便增加为850人。1904年曹汝霖等与日本法政大学校长梅谦次郎议定,在专为教育游历官绅的法政大学附设速成科,并于5月7日改为一般法政学校,6个月为一学期,3学期毕业,教授法律、政治、理财、外交等,该科虽仅毕业4期,却达到1145人。又据《中国留学教育史料》提供的材料,1908年9月至1909年7月各省公费生1147人,学习法政者仅124人,比率为10.7%;而在1909年7月至1910年6月各省公费自费生974人,学习法政者竟达462人,比率达47%;1910年6月至1911年7月各省公费自费生814人,学习法政者372人,占45.7%。

上述的译书、考察、学习活动,对清末的修律过程,无疑起到了重大推动作用。

清末修律的结果,使得中国法律与当时世界上发达国家的法律开始接近。在当时人看来,比较法学的作用就是通过对外国法的研究、认识,为本国法律变革提供可资借鉴的资料,为最终改进本国法、实现所谓超国家的“法律统一”服务。晚清法部尚书、九国宪政考察大臣戴鸿慈在清廷修律前即对此有过精彩的表述:“方今世界文明日进,法律发达,已将造乎其极,有趋于世界统一之观。中国编纂法典最后,以理论言之,不难采取各国最新之法而集其大成,为世界最完备之法典。”^[24]由是可见,清末的法律修改工作一开始即是在比较的思想指导下进行的。比较立法在清末的大规模展开,为比较法学在中国的产生奠定了厚实的现实基础,并向当时的中

[23] 《日本中华士商创兴要事汇记》,《新报》第51期,1898年5月1日。

[24] 《清末筹备立宪档案史料》,下册。

国人切实展示了比较法学的价值。

(三) 礼法关系是当时中西方法理比较的中心议题

对比较法学在中国的产生有着重大推动作用的一件大事是发生于清末修律中的礼法之争。这场争论主要是围绕着民刑诉讼法特别是刑法的制定而展开的。“当刑法草案告成提交资政院议决之顷，朝野之守旧者将法制与礼教观念混而为一，多不嫌于新法，群起而讥议之”，以致“新律几有根本推翻之势”。^{〔25〕}两派之所以对纲常名教的条款看法截然不同，根本点在双方所持立法宗旨不同，用当时的《法政浅说报》的话说：“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，故为我国礼教派反对。”^{〔26〕}因此，礼法之争的焦点是取什么样的立法宗旨，即应当采取旧的纲常名教还是西方资产阶级的法理为立法宗旨的问题。中国封建礼教和资产阶级的法理，作为两种不同的立法宗旨，其根本又在家族主义和国家主义的对立。由于两派所争事关立法宗旨，事关新刑律的存废，其实质又在于要不要以资产阶级的法理原则来改造中国的封建法律，所以这次礼法之争若从1906年算起，直至辛亥革命爆发，前后持续7年之久。时间之长，为中国法学史所仅见。再就是参与争论的人数之多，范围之广，也是中国法学史上所仅见。当时不仅清政府的一些重要朝臣，一些留学生，甚至一些在华的外国人也分作两派参与论战。如法理派一方有日本专家冈田朝太郎、松冈义正，其论著主要有：《论大清新刑律重视礼教》、《冈田博士论刑律不宜增入和奸罪之罚则》、《冈田博士论子孙违犯教令一条应删去》、《松冈判事书劳提学新刑律说帖后》等。礼教派一方有德国人赫善心。赫氏时为中德两国政府合办、德国人经营的青岛高等专门学堂的教员。他以访问记的形式参与了论争，并发表了《德国法科进士赫善心与蒋员外楷问答》和《德儒赫氏中国新刑律论》两篇文章。

清末修律中的礼法之争，与前述几个方面的问题相比，最大的不同是，前三项重在展示比较立法之于中国比较法学产生方面的作用，而修律中的礼法之争，则向我们展示了当时双方是如何开展中西法理方面比较研究的，这些都预示着比较法学即将诞生于中国。

二、中国比较法学产生的标志

在讨论了清末孕育比较法学的过程和条件之后，现在我们看一下比较法学在中国产生初期的情况。

正如前述，中国的比较法学是伴随着比较立法开始的，是被一步步认识、发现其价值的。作为一门学术，其产生的标志，遵照国际比较法学界通行的看法，以及法学发生学的一般原理，结合当时中国法学的实际水平，我认为可以有三条：学会、杂志和讲座的创立。

(一) 学会

据已知资料，我国本世纪初年约有以下几个学会（或说组织）与法学研究有涉：

一是受梁启超1898年在《湘报》发表《论中国宜讲求法律之学》的文章影响，湖南维新知识界中出现的“专集同人讲读律令”的“公法学会”和“法律学会”。这两个学会虽仅存在几十天便因戊戌变法的失败而自行解散，但“它毕竟是19世纪出现在中国社会的新事物，是中国近代社

〔25〕 江庸：《五十年以来中国之法制》。

〔26〕 《法政浅说报》，宣统三年第11期第17页。

会的第一个法学会。它的出现,预示中国近代法学即将诞生。”^[27]

二是1900年由留日学生在东京成立的“励志会”。励志会最初的五条会章已佚,据1902年改正会章,其主要内容为:“研究实学以为立宪之预备”;“调查国势,凡关乎国家之大问题,本会均当实际调查。”^[28]其主要会员有留学日本攻读法律的章宗祥、曹汝霖、吴振麟等。从其会章和其主要成员可知,这是一个以实现“立宪”为目的而研读政法书籍的组织。

三是20世纪初的某些商会。商会虽然不能算是严格意义上的学会,但商人为了维护自身利益,也需要了解、运用商法。1907年5月,上海商务总会、上海预备立宪公会、商学公会等酝酿发起大会,以讨论自己起草的商法典草案。6个月后,即1907年11月19日在上海召开了第一次商法讨论会,两年后又在上海召开了第二次商法大会。^[29]商人、商会在上述活动中对西方各国商法的研究、借鉴,对法学或者说是比较商法学在中国的发生,都有着重大推动作用。

迨及1910年11月,由于清王朝从事多年的比较立法的推动,法学研究已达相当水平。于是在沈家本的资助下,经法律学堂学员熊煜、王克忠等人的努力,成立了中国第一个专门的法学研究组织——“法学会”;“会事属汪君子健总其成”。^[60]这是一个以法学各科为研讨对象的法学综合研究会。至于以比较法为研究对象的专门的比较法研究会的出现,则是民国初年的事了。

(二) 杂志

据已知资料,中国第一本以法学各科为研究对象的杂志,系1911年3月由沈家本等人创刊的北京法学会会刊——《法学会杂志》(月刊)。该杂志自1911年3月出版,到8月已出版5期,后因辛亥革命停刊。1912年复刊。复刊之时沈家本以73岁高龄专门撰文对该杂志、对中国法学寄予厚望:“自后吾中国法学昌明,政治之改革,人民之治安,胥赖于是,必不让东西各国竞翊文明也。”^[61]

中国专门以比较法作为研究对象的杂志是东吴大学法学院的《法学杂志》,英文版名为China Law Review,创刊于1922年,是当时著名的比较法论坛。稍后,中国北方的朝阳大学也出版了在北洋政府时期被奉为法学权威刊物的《法律评论》。该《法律评论》虽非专以比较法学为对象,但由于该校教学、科研水平高,因而发表了大量的比较法学专论。

虽然,中国专以比较法为研究对象的刊物出现并不早,但刊载外国法、或对不同国家不同法律体系进行研究的杂志早在维新变法时即已出现,如《时务报》、《湘学新报》、《国闻报》,以及稍后的《请议报》、《新民丛报》等就曾刊载过大量的研究西方法律、法学的文章。另外,资产阶级革命派也在19世纪末20世纪初出版了一批杂志,如《译书汇编》、《国民报》、《游学译编》、《湖北学生界》、《浙江潮》、《江苏》、《醒狮》、《民报》、《复报》、《河南》、《江西》等等。这些杂志也很重视研讨西方法学。《译书汇编》是1900年留日学生翻译团体——译书汇编社创办的,该社14名社员中有明治法学院学生曹汝霖、帝国法科学生钱承志等。其创刊号中西方政治法律学说方面的译文有美国伯盖司的《政治学》、德国伯伦知理的《国法泛论》、日本鸟谷部铕太郎的《政治学提纲》、德国海留司烈的《社会行政法论》、法国孟德斯鸠的《法法精神》、日本有贺长雄的《近时

[27] 李贵连:《二十世纪初的中国法学》,《中外法学》1997年第2期。

[28] 桑兵:《清末知识界的社团与活动》,三联书店1995年版,第150页。

[29] 参见帅天龙:《二十世纪中国商法学之大势》,《中外法学》1997年第4期。

[60] 沈家本:《法学会杂志序》,《寄文存》卷六。

[61] 同上。

外交史》、日本酒井雄三郎的《十九世纪欧洲政治史论》、法国卢梭的《民约论》、法国伊耶陵的《权利竞争论》。由是可知《译书汇编》对中国法学、对中国比较法学是有贡献的。

不仅如此,这一时期还出版了一批法律专刊,如1903年出版了《法政学报》,1906年出版了《东京法政杂志》、《北洋法政学报》,1911年出版了《上海法政杂志》……如此等等。这些杂志虽并非以比较法为专门研究对象,但却刊登了大量的比较法文章。正是从这个意义上,我们也可以说,上述众多杂志的出版,在一定程度上也标志着中国比较法的产生。

(三) 讲座

比较法是否被列入大学法科或法律专门学校开设的课程,一向被视为比较法诞生与否的几大标准之首。诚如德国比较法学者茨威特格和克茨所说:“比较法最终被承认是一门新的学科,也许必须从比较法被列入大学教学活动来认定。”^[62]

中国专门法律学校的设立首推1906年9月,沈家本等于修订法律馆内设立的法律学堂。关于该学堂设立的目的、过程,沈家本说:“余恭膺简命,偕新会伍秩庸侍郎修订法律,并参用欧美科条,开馆编纂。伍侍郎曰:‘法律成而无讲求法律之人,施行必多阻阂,非专设学堂培养人才不可。’……于是奏请拨款设立法律学堂,奉旨俞允。择地庀材,克日兴筑。而教习无其人,则讲学仍托空言也。乃赴东瀛,访求知名之士,群推冈田博士朝太郎为巨擘,重聘来华;松冈科长义正司裁判者十五年,经验家也,亦应聘而至。于光绪三十二年九月开学,学员凡数百人,昕夕讲贯,旬经三学期矣。吾中国法律之学,其将由是而昌明乎。”^[63]该法律学堂1907年改归法部直辖,并易名“京师法律大学堂”;学制三年,另设速成科学制一年半。据《大清光绪新法令·教育三·学堂章程》之光緒三十一年(1905年)《修律大臣订定法律学堂章程》,知其三年开设课程是:

第一年科目:大清律例及唐明律、现行法制及历代法制沿革、法学通论、经济通论、国法学、罗马法、民法、刑法、外国文、体操;

第二年科目:宪法、刑法、民法、商法、民事诉讼法、刑事诉讼法、裁判所编制法、国际公法、行政法、监狱学、诉讼实习、外国文、体操;

第三年科目:民法、商法、大清公司律、大清破产律、民事诉讼法、刑事诉讼法、国际私法、行政法、财政通论、诉讼实习、外国文、体操。

速成科科目,共一年半:大清律例及唐明律、现行法制及历代法制沿革、法学通论、宪法大意、刑法、民法要论、商法要论、大清公司律、大清破产律、民刑诉讼法、裁判所编制法、国际法、监狱学、诉讼实习。

于京师法律学堂稍后建立的法政学校,著名的当数“京师法政学堂”,由学部于光绪三十二年筹设,次年招生。由其“立学总义”可知其办学宗旨为:“本学堂以造就完全法政通才为宗旨。五年毕业,前两年习预科,后三年习正科。正科分两门,一政治门,一法律门。俟预科毕业后再行分门肄业”;“本学堂为造就从政之才以应需要起见,另设别科三年毕业。”^[64]京师法政学堂政治门、法律门、别科开设课程是:

政治门:人伦道德、皇朝掌故、大清律例、政法学、政法史、宪法、行政法、民法、刑法、商法、

[62] [德]茨威格特、克茨:《比较法总论》,贵州人民出版社1992年版,第105页。

[63] 沈家本:《法学通论讲义序》,《沈文存》卷六。

[64] 《大清光绪新法令·教育三·学堂章程》之《学部奏筹设京师法政学堂酌拟章程折》(并章程)。

国际公法、国际私法、理财学、财政学、社会学、外交史、统计学、日语、英语、体操。计二十门。

法律门：人伦道德、皇朝掌故、大清律例、中国法制史、外国法制史、宪法、行政法、民法、刑法、商法、民事诉讼法、刑事诉讼法、国际公法、国际私法、监狱学、日语、体操。计十七门。

另科(政法合为一门)：人伦道德、皇朝掌故、大清律例、政治学、法学通论、理财原论、宪法、行政法、民法、刑法、商法、裁判所构成法、国际公法、国际私法、财政学、伦理学、世界近世史、地理略说、日本文、体操。计二十门。

1910年清政府改定京师法政学堂章程，法律门由三年改为四年，各门学科也略有调整。

清末大学法学教育所设外国法、比较法课程比之政法学堂尤有过之。据光绪二十九年(1903年)十一月所订《大学堂章程》⁶⁵⁾，当时的政法科大学分二门，一政治门，二法律门。政治学门科目的主课有：政治总义、大清会典要义、中国古今历代法制考、东西各国法制比较、警察监狱学等。补助课有：各国政治史、法律原理学、各国宪法民法商法刑法、各国刑法总论。

法律学门科目的主课为：法律原理学、大清律例要义、中国历代刑律考、中国古今历代法制考、东西各国法制比较、各国宪法、各国民法及民事诉讼法、各国刑法及刑事诉讼法、各国商法、泰西各国法。⁶⁶⁾ 补助课为：各国行政机关学、全国人民财用学、国家财政学。合计十三门课。

另据该《章程》之商科大学的贸易及贩运学门科目，主课中有各国商法及比较科目，在其关税学门科目主课中，不仅有各国商法，还另有一各国金银价比较科目。

同京师大学堂一样，大量开设外国法和比较法课程的，当时还有北洋大学法科、山西大学堂等大学。

至民国初年，各大学比较法课程所占比例更大，也更合理。如北方的北洋大学、北京大学、朝阳大学等大学法律系开设有比较宪法、比较民法等课程。南方如上海即有两所大学，即1915年建校的东吴大学法学院，英文院名为：The Comparative Law School of China Soochow University(苏州大学比较法学院)，另一所即1927年设立的东吴法律学研究院，其办学宗旨为：“使学生充分掌握世界主要法律体系的基本原理”，因而其为本科生仅开设外国比较法课程就约达20门，如普通法的各个基本学科、大陆法、民商法、苏俄法等……。

统观上文可知，清末民初中国比较法学的发育已初步达到国际比较法学界通行的标准即有了自己的学会、杂志和大学讲座。可以说中国在清末民初之时开始有了自己的比较法学。当然这个时期比较法学的独立程度还很低，在许多方面还混在一般法学里面，还没有形成自己的系统的理论，也没有出现公认的比较法学专家。但是不容否认，中国比较法学的雏型此时已经形成。

中国比较法学产生的历史条件的特点决定了这门学科的若干特点：首先，社会变革的紧迫现实需要决定了这门学科从一开始就不可能成为书斋里的纯学问而是紧密结合现实、寻找对策。其次，东西洋各国的法制都比中国先进，因而人们在学习先进时就没有产生倾向性的先见，不论是大陆法系还是英美法系都是人们比较研究的对象。再次，中国人被迫承认西方文明的先进性，同时又对自己几千年悠久文明传统抱有深深的眷恋之情。人们在对两种不同质的法制文明进行比较研究时，无法摆脱“法理”和“情感”之间矛盾的折磨。此外，还有其他一些特点，如学术研究中的官方影响深刻、重视全面和原始的资料的翻译工作等。所有这些特点都对这门学科

65) 《清光绪新法令·教育一》

66) 《泰西各国法》据该《章程》解释，指：“罗马法、英吉利法、法兰西法、德意志法”。

日后的发展起了重要的积极或消极的作用。本文在此不再赘述。

中国的比较法学是海禁大开的产物,从这个意义上说,比较法学是面向世界的学科。中国人欲自立于世界法学之林,必须抛却各种偏见,汲取世界各民族法律文化的一切优秀成果,而这又正是比较法学之长。正是在这个意义上,比较法的研究状况也就成了测量一国法学整体水平的“晴雨表”。因此,我国今日的法学研究亦必须高度重视比较法学的研究,以全面地认识世界和深刻地认识自己并指导法制建设。