

清末民法学的输入与传播

俞 江*

内容提要:1902至1911年间西方民法学通过日本的媒介在中国传播,来华的日本学者、各种公私法政学堂学生与留日学生以及民间机构,通过编译和创办法科教育引进日本民法学,中国学者在这个时期基本完成了吸收、消化和创立自己的法学概念体系的过程。

关键词:民法学 法律史

中国法学的渊源可追溯到近代西方法学输入期。但是在法学界,迄今为止,这段时期的学术清理还远远不够,其中,民法学术史的梳理尤其缺乏。^[1]笔者不揣浅陋,试对民法学在中国近代的传播与影响状况作一尝试性的探讨,敬请方家不吝赐教。

中国对近现代民法学的认识和研究大致可以分为四个时期:(一)输入与传播期。大致为19世纪80年代到1911年。其中又可分为两个阶段:1.萌芽期或输入初期。大致为19世纪80年代到1902年左右,代表作品是《法国律例》的翻译,其中的民律部分就是法国民法典。2.传播期。大致为1902年至1911年十余年的时间。(二)发展期。从1912年到1949年30余年的时间里,民法研究与民事司法实践相结合,基本上消化了大陆法系的民法学,通过自己的力量制定了较为成熟的民法典。(三)衰落期。20世纪50年代到70年代末,民法学研究受到客观条件的限制,没有保持高水平的研究层次。(四)复兴期。从20世纪80年代初到今天,民法学研究越来越受到重视,取得了长足的进展,但一部成熟的民法典迟迟不能出台,大大限制了民法学研究的深入发展。^[2]本文对以上所列后三个时期暂不作详细说明,对于第一期的萌芽阶段略作介绍,而探讨重点在第一期第二阶段。

一、萌芽期——民法学输入中国的早期状况

中国人对近现代西方法学的了解是从国际法学开始的。1839年7月,林则徐为了与英方

* 北京大学法学院博士研究生。

[1] 北京大学李贵连主编的《二十世纪的中国法学》(北京大学出版社1998年版)对中国近现代法学学术史进行了初步总结,但其中没有民法学是一大遗憾。

[2] 该分期没有包括1949年以后台湾地区的民法学研究状况。

代表义律交涉英国水手打死中国村民林维喜案,请美国医生伯驾(Peter Parker)和中国人袁德辉,合译了瑞士法学家瓦特爾(Vattel Emmerich de,旧译名滑达尔)的著作《国际法》(The law of nations, or Principles of the law of nature: applies to the conduct and affairs of nations and sovereigns)中的部分段落,当时译名为《各国律例》。^[3]《各国律例》对法律专门名词尚不能恰当处理,但已出现了“公法”一词。但是,当时的公法一词,“是将瓦特爾《国际法》中所列某些国际贸易和交往中的通行做法,即甲国之人到乙国贸易、旅游,必须遵守乙国法律的通行做法,用公法来加以概括”。所以,这里所谓的公法,不是与私法相对应的概念,甚至与国际公法的涵义也有区别。^[4]到了1866年,丁韪良翻译的惠顿的《国际公法》刊行。此后,各种关于国际公法的译书相继出版,公法一词作为与 International Law 相对应的涵义才逐渐被国人所认可,并最终固定下来。^[5]而私法一词与公法对应使用的现象也在这个时期出现,如王韬的《法国志略》中提到:“泰西之例有公法,有私法;有万国所共有,有一国所颁行。”^[6]但是,这时的私法概念也很模糊,它既不表达中国古代的“私刑”的含义,也不是今天所谓的规范民事关系的法律。细究起来,仿佛是与规范国家关系的国际法相对应的国内法的总称。至于对民事诉訟的表达,王韬用的仍是中国传统的方式:“户婚田土钱债”。如“法国于每郡城必设刑刑之官,正副各一。正者专理刑狱,副者兼管钱债”。“都中刑署最大者凡有六种:……一为寻常所有之讼,专理户婚田土之事”。显然,王韬还无法理解法国法院里面的刑庭、民庭之分。提倡变法自强的王韬是当时国人中的佼佼者之一,对西方政治法律的理解尚且如此,一般国人的西方民法学知识就可想而知了。

这时候的国人,不能理解民法的意义,大致有两方面的原因。一是因为中国古代法典对民、刑法律关系的规范缺少区分,国人初次接触西方政治法律制度 and 知识,谈不上深入研究,而民法学又是西方法学理论中最为复杂精密的学科。知识的缺乏,直接造成法文化沟通时的错位。于是,出现了王韬等人在编辑外国方志书时只列“刑律志”的现象,对西方法制的理解是根据中国的情况,关注重点放在废除肉刑、证人制度、监狱管理等方面,至于民法或民事诉訟,则缺少认知。二是观念上的差距。这个时候,具体地说,在19世纪90年代初及其以前,西方民主与法治观念还没有引起国人的重视。以权利观念为例,尽管权利一词二十多年前就被丁韪良翻译出来,但传播范围有限。^[7]而不能理解权利观念,是很难理解民法的。

这一时期民法学输入的主要成果,是1880年由同文馆化学教习毕利干翻译的《法国律例》,其中《民律》一部,就是法国民法典。不过,由于法学名词的翻译问题没有得到解决,人们能够理解的成分非常有限。例如,当时将“民事权利”译成“一切之人有应享受例应者”,将“不动产”译成“房屋土地”,“动产”译成“动资之物”等。然而,这样的一部法典译作,仍然引起了中

[3] 滑达尔的《国际法》最初于1758年用法文出版,1759年被译成英文。《各国律例》依据的底本是英文本。1839年以前,英文本在英国刊印的至少有10种,在美国出版的至少有7种。

[4] 李贵连:《二十世纪初期的中国法学》,载前引[1],李贵连书,第10页。

[5] 同上书,第11页。

[6] 王韬编著:《重订法国志略》卷十七《广志下》“志刑律”,1871年(原序),1890年淞隐庐印本。

[7] 有关权利一词的翻译与传播过程,详见李贵连:《话说“权利”》,载《北京大学法律评论》第一卷第一期。

国学者的注意。其中,康有为早期对民法学的认识就源于此。^[8]

戊戌变法时期,康有为鼓吹变法,其政治法律方面的变革,大多以西方制度为蓝本,其中反复提到修订民法。如1898年1月29日的《上清帝第六书》中提到西方列强攫取我领事裁判权,其借口是“我刑律太重而法规不同”,因此急宜设“法律局”,“采罗马及英、美、德、法、日本之律”,制定“我所夙无”的法律。这些应立刻着手制定的法律有:“民法、民律、商法、市则、船则、讼律、军律、国际公法”等。^[9]康有为将“民法”放在第一位,可见对民法的重要性已有一定的认识。但他将“民法”和“民律”并列,又表明并没有真正弄清民法的意义。康有为是中国较早注意到需要制定民法的人,他的出发点,主要是因为法律制度上人有我无。同时,要建设与世界接轨的现代中国法制,并进一步收回领事裁判权,除了以西方法制为参照外,没有别的良方。正如他在另一篇《请开制度局议行新政折》中说的:“若夫吾国法律,与万国异,故治外法权,不能收复。且吾旧律,民法与刑法不分,商律与海律未备,尤非所以与万国交通也”。^[10]但是,变法的提倡者们对民法学只有朦胧的认识。民法在西方法学中占据显赫的地位,是因为它最能体现个人权利和个人的尊严。近代民法学通过所有权绝对、契约自由和过失责任等基本原则,贯彻着欧洲从文艺复兴时期以来的人本主义精神,一部法国民法典就是法国《人权宣言》中一般原则的具体体现,而Civil Code(民法)中的civil(民)也是指市民或个人。但中国古代表示市民或个人含义的“己”、“小己”、“私人”等语词都有贬抑的意义。翻译成“民”字在传统观念里则是集合概念,“民法”或“民律”就容易让人理解成为管理“民”的法律。说康有为和当时的维新志士对民法的认识没有突破这样的限制,另一个明证就是,他在1897年11月完成的《日本书目志》中,虽然卷六的《法律门》里已将民法单列一类,但未作只字评价,而在宪法和刑法后面却有长段的赞赏文字。^[11]即使如此,戊戌变法时期在政治、法律、教育等方面的各种主张仍然深刻地影响着清末新政的内容。

二、传播期——清末民法学的传播主体和途径

戊戌变法以后,留日学潮大兴,其中学习法政的留日生,成为将近代法学引入中国的主要媒介。他们白天上课,晚上或翻译法政书籍,或把讲义整理编辑成册,将法学知识带回国内。这些学生日后回国又往往充任法官、检察官、律师或法政学堂的教习,成为法学传播的中坚。20世纪初法学传入中国的另一个渠道是日本法学家来华,如冈田朝太郎、岩谷孙藏、今井嘉幸、织田万等人,他们来华后或从事法学教育,或协助清政府起草法律。这些日本学者大多在

[8] 《法国律例》翻译与影响的详情参见李贵连:《晚清的法典翻译:法国民法典的三个中文译本》,《中外法学》1995年第4期。

[9] 汤志钧编:《康有为政论集》,中华书局1981年版,第215页。

[10] 同上书,第352页。

[11] 康有为:《日本书目志》,大同译书局印本。该书列出当时的日本民法学著作54种,日本翻译的国外民法学著作18种。《法律门》后康有为的评述赞扬日本将“外国公法、民法诸书,译之极详”,并呼吁“今吾中国之法”,“外之邦交,内之民法,皆当与人通之”。这是迄今为止笔者所见最早的中国人提倡修订民法的论述。

国内已有相当的声誉,来华之后也能够恪尽职守,使中国国内的法学教育能够保持较高的水准。^[12]关于这一时期日本对中国学术的影响,国内外论著颇多,这里只举两个实例。一个是江庸的回忆:“光绪季年,日本名词盛行于世。张孝达(张之洞)自鄂入相,见官学部,凡奏疏公牍有用新名词者,辄以笔抹之,且书其上云:‘日本名词’。后悟‘名词’两字即新名词,乃改称‘日本土话’。”^[13]又一个是关于当时大理院的。由于大理院院长定成与民科推丞(民庭庭长)、刑科推丞皆非法学出身,闹出不少笑话。“外省审检厅有疑义,电院请示解释者,向由毕业生出身之推事或小京官拟答复稿。定(成)见满纸日本法律名词,蹙眉曰:‘中国法律,偏要引用东洋的名词,殊属不成事体!’爰谕各员曰:‘嗣后拟稿,毋的(得)援用日本法律名词,违者惩办’。众唯唯而已。”^[14]这些记载都说明,本世纪初期,日本法学对中国的影响非常大。

法学既如此,民法学又如何呢?以下将清末民法学的输入与传播分为两个方面加以阐述:一是传播主体,二是传播途径。

(一)民法学的传播主体

这里所谓的传播主体,是指民法学在清末输入中国时,承担翻译、介绍、讲学等传播工作的中外人士、学术团体和出版机构等。

第一类传播主体主要是日本民法学者。以下的例子很能说明问题。

一本当代的民法学著作中有这样一段话:“罗马法将物权分为所有权与定限物权两大类,而定限物权又分为役权、永佃权、地上权、质权、抵押权。”^[15]这里出现的定限物权一词,从上下文来看,就是通常所说的他物权概念。由于同一本书里的其他地方用的是他物权,就产生了一个问题:为什么作者不用他物权一词呢?是因为罗马法中的定限物权与现代所说的他物权有内在的区分,还是仅仅因为该书因转引他书而保留原文呢(该书作者注明此句引自陈朝璧《罗马法原理》,1937年商务版)?如果是后者,当初为什么要用定限物权一词呢?中国民法学中概念相近而有不同名称是常见的现象,如他物权还有用限制物权一词来表达的。又如用益权和收益权,质与质押、抵押、抵当,契约与合同,让与与让渡等等。其实,这种异词同义的现象,大多与此概念刚传入中国时,不同人进行翻译有关。由于时间久远且缺乏梳理,这种法律继受初期的历史才湮没无闻。

就他物权概念而言,产生定限物权和限制物权两种称呼并不是偶然的。这一概念本源于罗马法的 *jus in re aliena* 一语,早期的日本民法学界在翻译此词时,其理解基于“他人物权上所存在的权利”,因此译为他物权。但是,这种权利,也有不必存在于他人物权上的情况,如甲将动产质押给乙,乙作为质权人,在甲的物上有权利,这就是存在于他人物上的权利。但是,若甲抛弃所有权,则此动产变成无主物,但乙的质权,并不因为甲抛弃所有权而丧失,而此时,乙的质权,已不是存在于他人物权上的权利。于是,有学者提出将该概念翻译成制限物权。这种译法,是取“限制他人的所有权而成立的权利”的意思。这样,在该概念引入中国时,已经存在两

[12] 清未来华的日本文学教习的情况不错,如岩谷孙藏、冈田朝太郎、志田钾太郎、小河滋次郎等,多为博士、教授。详细情况请参考汪向荣:《日本教习》,三联书店1988年版,第67页以下。

[13] 江庸:《趋庭随笔》,朝阳学院出版部1934年版。

[14] 陈瀛一:《睇向斋谈往》(民国史料笔记丛刊),上海书店出版社1998年版,第106页。

[15] 王利明等:《民法新论》(下),中国政法大学出版社1988年版,第13页。

种称呼。而定限物权一词的产生又稍晚些。根据1911年前的《京师法律学堂讲义》中的民法物权讲义介绍：“定限物权，为松冈独创名词，他书或称为他物权，或称为制限物权，皆不适当”。其选择定限物权一词的理由是：“就制限二字言，制限物权与所有权无分。盖所有权亦有时受所有权之限制，如前段所谓不得逾法令之制限是也。故所有权亦可称制限物权，与学者所称之制限物权当无区别，即可见学者所用制限物权之名不当。……故改为定限物权，若再有适当之名词，可再更改，但现在无有较定限物权之名目更为适当者”。^[16] 据此可知，定限物权一词是日本学者松冈氏为辨析概念发明的。^[17] 由此可知，定限物权一词在中国出现应在1908年以后，其后随法律学堂的学生和教材传播开来。

象松冈义正这样到中国通过讲学传播民法学的外国法学家，是清末民法学传播主体中的重要的一类。但外国专家当时到中国讲学的情况毕竟是少数，因为大多数外国学者到中国讲学都存在语言翻译的难关。20世纪初，一批留日中国学生返国，才解决了日本教习在中国讲学的翻译问题。例如，在京师法政学堂从事翻译的，除了林^肇一人系福建东文学堂毕业以外，其他如曹汝霖、章宗祥、陆宗舆、汪荣宝、范源濂、江庸、张孝^移、姚震等均系留日学生。据《日本教习》一书的统计，从1901年至1911年，在中国各地从事法学教育的日本教习，大约有29人。其中从事民法学教育的应更少于此数。

第二类从事民法学传播工作的主体主要由公立大学法科、京师法律学堂和各地法政学堂的毕业生以及留学归国的法政毕业生组成。这些毕业生把各自求学时的讲义整理成册，或刊印或以讲义形式分发。前面提到的《京师法律学堂讲义》中的《民法总则》、《民法物权》、《债权各论》、《债权总论》等，就是由宿松、熊元楷等法律学堂学生自发组成的研究社油印的。而留日学生则整理和编辑各自在日本学习时的笔记。由于相互间缺乏联络，往往形成一种讲义多种版本的情况，如日本民法学家梅谦次郎的讲义，就有严献章、彭树棠等的编译本（收入《法政丛编》，湖北法政编译社印行）、周大烈、姚华等的编译本（收入《法政讲义》第一集）和黎炳文、李栋等的编译本（天津官书局印行）的三种。这还只是对向全国发行的正规出版机构的统计，至于各地作为教材使用而编译人各不相同的情况暂时无法全面调查。另外，法律学堂和留学归国的法科学生，在毕业之后一般都从事法律实务或法学教育工作，清末的立法机构如宪政编查馆、修订法律馆，司法机构如大理院以及各级审检部门都充实了不少法科毕业生。如参与修订《大清民律草案》亲属、继承编的陈^篆、高种、朱献文等三人。陈^篆是法国巴黎大学法学学士，1907年回国，历充修订法律馆纂修、法部主事等职；高种是日本中央大学法学学士，历充北洋法政学堂、京师法律学堂教习，宪政编查馆、修订法律馆编纂；朱献文系京师大学堂速成科第一期保送日本的留学生，获法学学士学位。这些早期的法科毕业生，对清末民法学的教育与传播作出了重要贡献。

[16] 《法律学堂讲义》之《民法物权讲义》，由宿松、熊元楷编辑而成，1911年前有油印本，请见其中第5面。

[17] 此处的松冈氏，即松冈义正。他曾于1908年（光绪三十四年）为中国起草民法，同时担任京师法律学堂的民法学课程教习，于1910年（宣统二年）起草完毕《大清民律草案》的总则、债权、物权三编，并协助陈^篆、高种等完成了后二编的修订。参见南里知树编：《中国政府雇用的日本人：日本顾问的名单及说明》，载《日中问题重要关系资料集》第三卷《近代日中关系史料》第二集，东京龙溪书舍1976年版。另可参考《冈田博士关于吾国法典之讲演》，载《法政学报》第二卷第一号（1914年正月发行）“附录”。该讲演时间为1913年11月19日，根据冈田朝太郎回忆，松冈义正与志田钾太郎是1907、1908年间来华并着手编纂民法和商法的。

第三类民法学传播主体是一些民间的法学研究团体和出版机构。一般来说,当时的民间法学研究团体都组织印行过一些讲义或著作,如北京安徽法学社编辑的《京师法律学堂讲义》,北京蜀社编辑的《法律学堂蜀社笔记》,东京警监研究所编辑的《警察监狱讲义录》,上海法政学社编辑的《政法述义》等,都有民法方面的讲义。更大规模的北京法学协会、北京法学会甚至有自己办的报刊杂志,以便系统地组织法学研究。对于清末专门的翻译、出版日文西书的机构,学界已有细致的统计,^[18]其中,出版或翻译过民法学著作的有修订法律馆、会文学社、商务印书馆、湖北法政编辑社、作新社、丙午社等等。正是有了这些法学研究团体和出版机构,现代法学和民法学知识才可能迅速在中国大地上传播开来。

(二) 清末民法学的传播途径

清末民法学的传播途径主要分为两种:编译和法科教育。

1. 编译

编译包括三种情况:一是直接的、全文的翻译,二是有选择地翻译和译介,三是为了教学等目的而进行的整理编辑。编译是20世纪初国人了解西方法学的重要途径。

19世纪末,一批法学书籍包括法国民法都曾翻译过来,但是由于翻译名词晦涩难懂,在中国传播有限。20世纪初的法学翻译基本上解决了这一难题,这主要得益于借鉴日本引进西法的成果。从1870年箕作麟祥翻译出版《法兰西民法》,1873年法国巴黎大学教授博瓦索纳德(G. E. Boissonade, 1825—1910)到日本司法省法律学校教授自然法及民法、刑法开始,日本的民法学研究获得了长足的发展,到19世纪90年代已经具备不依靠外国学者编纂本国民法典的实力,并培养出梅谦次郎、富井政章、穗积陈重等国际知名的民法学家。而当时日本的民法学概念基本上使用汉字表达,这就为中国在学习西方民法学时提供了可直接参照的语言系统。同时,日本用汉字翻译的大量的西方民法典和民法学论著,也成为中国了解西方民法学成果的捷径。因此,清末民法学输入的主要途径是翻译日本民法和民法学教科书以及日本人翻译的西方民法典和民法论著。

当然,也有越过日本直接翻译西方民法的情况,但这种翻译都无一例外地借鉴了日本的民法学成果。比如,现在能够看到清末翻译的《德国民法典》有两种译本(暂称为A译本和B译本)。A译本已经将《德国民法典》全部翻译过来,它的翻译人和出版机构不详,但其中保留有大量日本汉字如“辨济”(即债务清偿)、“供托”(即寄存、委托保管)、“相杀”(即抵销)、“相续”(即继承)等,说明它是完全按日本翻译的德国民法转译过来的。B译本只能见到七章二百四十条,是由修订法律馆组织翻译的,翻译人不详,现有的资料暂不能证明修订法律馆是否将德国民法典全部翻译完。B译本与A译本在翻译上有细微的区别,如将“社团”译作“社会”,“法人”译作“法律人”,“预诺”译作“预许”等,但仍然能够看出大量借鉴日本民法学名词的痕迹。如《德国民法典》第一章第二节的“基金会”或“财团”,其译名至今仍未统一。^[19]而该译本则将

[18] 参考熊月之:《西学东渐与晚清社会》,上海人民出版社1994年版,第6516页之表35。但该表存在一些遗漏,如清国留学生会馆、奎文馆、京师译学馆等当时编辑法学书籍的重镇尚未列入。对清末法学翻译、出版的机构或团体还需进一步调查,此处所列仍待完善。

[19] 1999年法律出版社出版,郑冲、贾红梅翻译的《德国民法典》译作“基金会”,而1999年中国政法大学出版社出版,杜景林、卢谌翻译的《德国民法典》译作“财团”。

其译成“施金公社”,并在第80条特别加注说:“日本译作财团,汉文欠清省,故改译为施金公社”,以强调这种译法的合理性。^[20]显然,B译本在努力寻找更合适的中文译名以避免一些不准确的日本名词。

法学是一门专业性极强的学科,大陆法系中的民法对体系性和逻辑性要求尤其严格。那些看来仅仅是普通的、单一的概念,实际上都是构成整个严密体系的不可或缺的基石。法国民法比德国民法在体系上或许要松散一些,但基本概念仍然是严格的。当然,这样说并不意味着清末的中国民法学者在移植西方民法时无所作为,实际情况是,大量或全面使用日本民法学名词的情况只发生在清末。在引进西方民法的过程中,中国法学界一边用日本法学词汇填补短暂的知识真空期,一边尝试如何创造出自己的法学语言系统。无论从日本引进还是从自己的语言文化传统中摄取的词汇,都经过中国法学家和法律工作者的实践与认同后,才最终整合为一个新学科的语言系统。^[21]象上文提到的日本民法学汉字如辨济、供托、相杀、相续等,就因为不被认同而成为死词。至于中国学者自己发明民法学词汇,仍然需要受到实践的考验。这里只举陈箬翻译《法国民法典》为例,这是现今确切知道的少有的几种越过日本直接从西方翻译过来的民法学作品之一。这部称为《法国民法正文》或《法兰西民法正文》的译作中,借鉴了大量的日本民法学词汇,包括:动产、不动产、私权、住所、代理人、地役、时效、所有权、亲权、禁治产等等。但是,陈箬的翻译同时使用了一些中国固有法中的词汇或表达方式,其中,能够与民法学体系相兼容而不影响对现代民法理解的,就有可能流传开来,再经过后人的修正而固定,如保证、抵押、承继(继承)、分析(分割)、合同、让予(让与)、成丁年(成年)、回溯(追溯)、共有主(共有权人)、第三者(第三人)等等。反之,那些容易引起歧义的翻译方法,如陈箬用代表人表示代位继承人,用继续表示收养,用自行豁免交还表示留置,用享受利息或享受权表示用益权,用借用权表示土地役权等等,^[22]因为缺乏民法学概念所要求的规范性、逻辑性和精确性,最终被弃置不用。

修订法律馆的《德国民法典》和《法国民法典》译本说明,清末接受日译法学语词是有选择的。一开始,是全盘接受过来。不久,一批学者参照已经形成的日本汉字系统,对原生词的法学意义进行了更深入的理解,有选择地保留了其中符合汉语习惯的名词,同时,对其他不容易理解的名词进行改造,达到最终将其吸收进汉语系统的目的。部分日译法学名词的弃置,意味着汉语系统有了改造日译名词的能力,说明已经超越了生吞活剥的时期,标志着中国的现代民法学语词系统基本形成。改造以后保留的日译语词已经在汉语中获得完整独立的意义,象动产、不动产等词,也就不再是游离于汉语系统之外的日译法学语词了,它们已经彻底融入汉语,成为中国民法文化中不可分割的部分。

清末翻译的民法典有四种,除上文介绍的德国民法和法国民法外,还有俄罗斯民法和日本民法。俄罗斯民法共四卷,也是由修订法律馆组织翻译的,该译本在当时影响较小,译文中民

[20] 《德国民法典》第一卷,修订法律馆铅印本,第14面。

[21] 笔者倾向于认为中国民法学的语言系统定型于1911年前后,也就是说,清末的学者基本上完成了中西民法文化的整合工作,该问题的具体论证将另文处理。

[22] 陈箬译:《法国民法正文》,修订法律馆铅印本,共三卷二册,现藏于北京大学图书馆。第一卷为1—515条,系《法国民法典》第一编;第二、三卷合一册,为516—892条,名曰《法兰西民法正文》,系《法国民法典》第二编至第三编第二章。从名称、版式、翻译中使用的名词等差别看,其翻译和出版时间不连续。

法学词汇较少,可能翻译人不是法科出身。四种外国民法典译本中,影响最大当数日本民法,它是商务印书馆出版的81册的《日本法规大全》中的一部分,这套巨译从1901年秋冬间开始商量翻译,光绪33年(1907)才出版,以后直到民国年间仍不断再版。^[23]

除了民法典外,各种日本民法学家的著作和日本各大学的民法学讲义也是翻译对象,这些翻译过来的书籍在当时广为流传,有的直接作为法政学堂的民法学教材。早在1901年,留日学生即已注意并开始介绍日本的民法学名著,如富井政章的《民法理纲》、冈松参太郎的《民法理由》、梅谦次郎的《民法要义》等,着手对这些书的翻译大约也在这一时期。^[24] 现在见到的最早的民法学译著是由会文学社1903年出版,范迪吉等人翻译的《普通百科全书》丛书中的三部,包括《民法总则篇物权篇释义》(丸尾昌雄)、《民法债权篇释义》(丸尾昌雄)和《民法亲族编相续编释义》(田丰)等。稍后,梅谦次郎的《民法要义》于1909年由商务印书馆出版,富井政章的《民法原论》于1907年分别由商务印书馆(上海,陈海瀛、陈海超译)、澜学社(东京,王双歧译)、耕进舍(东京,王双歧译)出版。除了这些民法专著的翻译外,这期间还出现了一些中国人以日本民法为蓝本,自己编辑或节译的民法学书籍,如湖南群治书社出版的《法政粹编》丛书的第四种(1906年)、丙午社出版的《法政讲义》丛书的册七、册八(1907年)、湖北法政编辑社出版的《法政丛编》丛书的第四种(1905年)、上海法政学社出版的《政法述义》丛书的第十种(1909年)、作新社编译的《民法要论》(1905年)、民新社出版的《民法债权总论各论》(1910年)、东京警监研究社出版的《民法精义》(1907年)、山西法政专门学堂编辑的《民法总则》(1909年)等。由于这些书籍的内容以转述、选编外国民法学著作为主,因此是否可算作中国民法学研究的萌芽还可继续讨论。然而有一点是无疑的,那就是,这些编辑工作对民法学在清末中国的广泛传播曾起过巨大的作用,换言之,民法学能为中国人广泛理解并扎根下来正是依靠了这些经过编辑的较为浅显的书籍。

从法学书籍的翻译和刊行情况可以了解近代民法学传播的大概面貌,但也仅仅是一个大概。因为法学的传播还有另外一条重要途径——译介。译介尽管比较简单,却显得快捷,整体性也强。翻译的民法学书籍的正式出版在1903年,而译介则远在此之前。如早在1900年末的《译书汇编》中,一篇《现行法制大意》的文章就将日本民法和商法放在“私法”范畴里进行了系统的介绍。这里仅以它对日本民法的介绍来看译介的传播功能。这篇文章写道:

民法

“第一节 人及法人”。其中,“人”,包含(一)私权之享有;(二)能力 未成年者, 禁治产者, 准禁治产者, 妻。“法人”,包含(一)社团法人;(二)财团法人。“第二节 物”。其中,(一)依物理的性质 动产、不动产 可分物、不可分物 消费物、不消费物;(二)依法律的性质: 融通物、不融通物, 特定物、不特定物;(三)依关系的性质: 主物、从物, 单成物、组成物。

“物权”。分类:(一)主物权:(甲)占有权,(乙)所有权,(丙)地上权,(丁)永小作权;(二)从物权:(甲)地役权,(乙)留置权,(丙)先取特权,(丁)质权,(戊)抵挡权。

[23] 参考《张元济年谱》,商务印书馆1991年出版,第40页。

[24] 《译书汇编》第七期,明治三十四年(1901)七月三十日发行。收入吴相湘主编:《中国史学丛书》,台湾学生书局1966年版,第310页。

“债权”。发生原因:(一)契约,(二)事务管理,(三)不当得利,(四)不法行为。其中,契约分类:赠与、买卖、交换、消费贷借、使用贷借、赁贷借、雇佣、请负、委任、寄托、组合、终身定期金、和解。

“亲族”:(一)户主及家族(略);(二)婚姻:婚姻之成立,婚姻之效力,夫妇财产制,离婚;(三)亲子:实子,养子,亲权;(四)“相续”:(一)家督相续及遗产相续;(二)遗言:普通方式,特别方式。^[25]

由上可见,介绍体例按照的是日本民法典的结构顺序。这样介绍使得中国读者对民法学体系有了整体性的了解,即使自己还没有民法典,仍然能够对该学科有全面的认识,避免造成传播中的结构性缺陷。

2. 法科教育

清末的法科教育包括大学里的法科、各种法政专门学校和上文提到的留学欧美、日本学习法学三种。这里主要介绍国内的法科教育。在京师大学堂、山西大学堂和北洋大学堂中都设有法科。以京师大学堂为例,京师大学堂仕学馆(京师法政学堂)课程分三年,第三年的法律课学习罗马法、日本法、英吉利法、法兰西法、德意志法等,政治学课则学习民法、商法等。可见,罗马法和民法在当时是被认为较难的法学课程。除大学堂以外,京师和许多省都设立了法政专门学校,如北京的京师法律学堂、天津的北洋法政学堂、保定的直隶法政学堂、济南的山东法政学堂等二十五个公立法政学堂。^[26]另外还有一些私立法政学堂,如贵州私立法政学堂、江西私立法政学堂(民国后改名为章江法政专门学校)等。在已知的法政学堂的课程表中,民法都作为重要的必修课程,如直隶法政学堂正科需要修完三期,其中第一、二期需修习民法要论;山东法政学堂学生需要修完四期,每学期每周三十课时,其中第二至四期需修习民法,分别为每周四、三、二课时;浙江法政学堂学生需要修完三期,每期每周三十六课时,只有民法和比较国法学所占课时最重,为两期每周四课时。^[27]从当时影响面较广的京师法律学堂讲义中可以看到,民法学特别是总则、物权、债权等理论的讲授已比较全面,其特点是注意实例与理论相结合,注重介绍大陆法系各国如德国、法国、奥地利、日本等国的民法研究。这些都说明,中国近代意义的法学教育刚一展开,民法学就已经成为重要的法学教育课程,而民法课程的开辟,为民法学在中国广泛传播和深入研究奠定了坚实的基础。

四、余 论

近些年来,清末新政中法制改革的意义已越来越多地受到国内外学界的关注。从1902年清帝发布变法诏书到1911年宣统逊位的这十年间,相继出台了宪法草案、新刑律、法院编制法草案、民律草案、刑事诉讼律草案、民事诉讼律草案、商律草案等一系列的近现代意义的法典性文献,基本上完成了通过模仿西方大陆法系构筑自己的现代法律体系的工程。尽管众多草案未来得及实施,但学界对它们在中国法律现代化转型过程中起到的关键作用都是予以肯定的。

[25] 前引[24],吴相湘主编书,第247页以下。为了方便了解当时民法学语词,引用词汇保持原貌。

[26] 赵彬等编纂:《钦定章程类纂》之三《学务章程》,光绪三十四(1908)年印行。

[27] 汤能松等编著:《探索的轨迹》,法律出版社1995年版,第129页以下。

然而,研究者对同一时期移植西方法学的经验与成果重视不够,造成仿佛那些法典是凭空编纂出来的错觉,特别是这些法典大多是邀请日本法学家编纂的现象,更加重了这种错觉。^[28]实际上,清末来华的日本法学家大多不懂中文,他们的讲学需要中国留日学生翻译,拟出的法典草稿也需要翻译。而现在看到的各种清末的法典,其用语、用词都已经基本上脱离了日本汉字的影响,换言之,这些法典都已使用与当代中国法学接近的语言系统。对这个现象进行分析所能得出的结论只能是两个:第一,在1911年以前,中国学者已经基本上完成了吸收、消化和创立自己的法学概念体系这一过程。第二,当代中国法学拥有一个完整的概念系统直接得益于清末那一段大胆输入与传播西方法学的时期。民法学也不例外。

当代的民法学研究当然已远超过清末的水平。但是,传播期的经验对今天仍然有着启发意义。比较一下两个时代的民法学教科书可以看到这一点。清末大多数民法学教科书是完全地、直接地接受日本民法学体系,即按照日本民法典的顺序和理论讲解。日本民法典的修订以德国民法典为主干,兼采当时世界上三十余种民法典和各种民法草案、法令、判决录、条约等,因此,按此体系学习的优点是接受的民法学理论相当完整。且清末民法学教育注重大陆法系各国民法的比较,这使学生在学习时视界宽阔。而当代大多民法学教科书在这方面差距较大,物权理论部分尤其突出。其实,在没有自己的民法典的情况下,采纳世界先进的民法学理论,将人有我无的部分编入普通的民法学教材是完全必要的,这样既可以保证民法学的整体教育水平,又可以为将来民法典的出台减少认知上的阻力。

Abstract : Civil law was introduced to China through Japan. Scholars from Japan, students of public and private schools and foreign students in China, and non-official establishments introduced Japanese law to China by legal education and by editing and translating Japanese legal books. The Chinese scholars had basically completed the process of absorption and digestion and created a system of legal concepts of our own.

[28] 如冈田朝太郎参与《大清新刑律》的编纂,松冈义正参与《大清民律草案》的编纂,志田钾太郎参与《大清商律草案》的编纂等。可以说,除了一部尚未发现的《大清宪法草案》是完全由中国人(李家驹、汪荣宝等)编纂外,其余的清末法典都有日本学者参与。《大清宪法草案》的编纂情况详见《历史研究》1989年第1期上王晓秋的《清末政坛变化的写照——宣统间汪荣宝日记剖析》一文。