



有法无天？严复译《天演论》 对 20 世纪初中国法律的影响

苏基朗*

摘要 本文探讨 20 世纪中国法学发展的一个侧面，也可说是相当基本的一个层面，就是影响几近无远弗届的天演论对专业法律界世界观的冲击，以及冲击对移植西方法律的影响。“天演”一词滥觞于严复，但托赫胥黎之名，故必先疏理两者的落差。全文要旨可概括为三个命题：一、严复翻译赫胥黎的《进化与伦理》时，作了重要的观念转换，故变成严复自己创作的，以弱肉强食为要旨的天演论，与赫胥黎的原意几近南辕北辙。对近代中国思想界影响巨大的进化观，究其实是这套托赫胥黎与科学为名的弱肉强食天演论。二、严复的特色天演论，彻底摧毁作为中国传统法律文化基础的“正义之天”的观念。三、20 世纪上半叶移植西方法律时，多忽略了西方的“正义之天”的根源。移来的法律既无西方的根，也欠本土的根，变成无根移植。

关键词 天演论 法律移植 天 赫胥黎 弱肉强食

引言

最近我编了一本探讨晚清、民国条约港经济的书。序言的主题是为什么西方的制度包括正规的法律和非正规的制约，如行为规范、宗教等在条约港可以促进以科技为主的工业化？这种大规模工业化需要巨大的投资和全球营运，反映近代资本主义的特点。为什么在条约港就能做到这些事情？我的一个论点是中国的传统商业伦理在条约港地区的规范行为力量可能较他处薄弱。原因之一可能是受到天演论的影响，而天演论的影响在较西化的条约港也要比其他地方都强。天演论为什么在这些地方影响更强？因为天演论代表了近代性、代表了科学。但从经济上说，天演论同时也支持弱肉强食的资本主义竞争方式。在这里，市场竞争得以无节制

* 澳大利亚国立大学博士，香港科技大学人文学部讲座教授。

的极大化。⁽¹⁾ 亚当·斯密所说的每个人为了自己私利而从事分工与专业化的市场经营，最终会促进了公益，背后好像有一只无形之手在促进公共利益。可是在弱肉强食的天演论语境之下，岂非连无形之手也不免会遭到淘汰了？另外我也写过一篇讨论中国法律改革的文章，强调改革进程中法律理念价值、法典法规、司法制度以及法律实践四者之间的环环相扣，多元现象及内在张力。⁽²⁾ 这些讨论使我不期然注意到作为法律文化基础的法律道德本体观，对任何新法律体系的建构，都可能具有的关键作用。

由此出发，我开始探索天演论对于中国法律到底有什么影响？我就着这个议题曾经作过几次演讲，⁽³⁾ 借着听众的问难而不断深化思考。目前的观察可以暂时归纳为三个命题。这些命题都是初步的，以后还要做很多实证研究，其中也采用了不少别人的论点，把他们的成果综合在一起，从而说明我的命题。天演论对中国近代思想及心态的影响，已经接近无远弗届，无处不在，这一点不需要我来介绍。下文只会扼要讨论一段经典性的天演论译文，以说明进化论在移植到中国文化土壤时所出现的观念转换。三个命题如下：

命题一：“严复翻译赫胥黎的《进化与伦理》时，作了重要的观念转换，故变成严复自己创作的，以弱肉强食为要旨的天演论，与赫胥黎的原意几近南辕北辙。对近代中国思想界影响巨大的进化观，究其实是这套托赫胥黎与科学为名的弱肉强食天演论。”

命题二：“严复的特色天演论，彻底摧毁作为中国传统法律文化基础的“正义之天”的观念。”

命题三：“20世纪上半叶移植西方法律时，多忽略了西方的“正义之天”的根源。移来的法律既无西方的根，也欠本土的根，变成无根移植。”

下文分三节展开各命题的说明。

第一节

命题一：严复翻译赫胥黎的《进化与伦理》时，作了重要的观念转换，故变成严复自己创作的，以弱肉强食为要旨的天演论，与赫胥黎的原意几近南辕北辙。对近代中国思想界影响巨大的进化观，究其实是这套托赫胥黎与科学为名的弱肉强食天演论。

(1) See Billy K. L. So, *Modern China's Treaty Port Economic in Institutional Perspective: An Introductory Essay*, in Billy K. L. So and Ramon H. Myers (ed.), *The Treaty Port Economy in Modern China: Empirical Studies of Institutional Change and Economic Performance*, Berkeley: Institute of East Asian Studies, UC Berkeley, 2011, pp. 13 ~ 15.

(2) See Billy K. L. So, *Chinese Legal Reforms in Historical and Comparative Perspective: The Legal Reforms of the 1990s and the 1070s*. *Hong Kong Law Journal* 40.1 (2010). pp. 175 ~ 198.

(3) 北京大学法学院比较法与法社会学系列讲座、人民大学法学院法理论坛暨明德法律文化论坛、清华大学深圳研究生院法学专题讲座、华东师范大学思勉高等研究院人文学讲座、哥伦比亚大学中国法律史国际研讨会及清华大学法学院世界华人法哲学国际会议等。得到各次与会学者的提点，尤其是以下评点或主持人的宝贵意见：张骥、李启成、尤陈俊、朱力宇、马小红、茅海建、朱大明、於兴中、曾建元等教授，另外和陈弘毅、梁治平、刘禾、习超及吴海杰等教授们的个别讨论中，也获得很多启发与指正。谨致谢忱。本文不足之处仍多，责任则全在作者。



达尔文 1859 年出版的《物种原始》，对 19 世纪后期和 20 世纪初的西方有巨大的震撼，最重要就是根据科学的证据，论证人是从猿猴演变而来。⁽⁴⁾ 这说法在当时的中国人听起来不会有同样的震撼。对信上帝的基督徒来说，他们相信有一个创造者（Creator），同时相信《旧约圣经》、《创世纪》所载上帝创造人类始祖亚当和夏娃的说法，达尔文进化论的冲击才大。⁽⁵⁾ 达尔文的自然选择学说立足于科学，它是生物学的理论。中国人对这一套东西接受起来却没有什么问题，我们的《山海经》里面就有很多很接近的故事，我们古代神话里半人半兽的人类始祖记载不少，所以进化论对中国传统文化不致有西方那么大的冲击。⁽⁶⁾ 达尔文进化论的核心理念是生存竞争、自然淘汰以及最适者生存。在此进化过程里，没有上帝的旨意或恩选，也没有道德伦理在左右大局。这套自然进化的科学理论与其他科学知识一起传入中国，属新科学知识（尤其是生物学）的一部分。⁽⁷⁾ 达尔文《物种原始》最早的部分译本在中国面世于 1902 年，只有两章。五章本的译书出版已是 1906 年的事。⁽⁸⁾

达尔文的进化论在西方很快被广泛应用到社会领域上，而不仅限于生物的演变，讨论的主题就变成社会的进化，是为“社会达尔文主义”。在近代欧美促进了从纳粹主义乃至种族优生学等偏激的人种观，也支撑了较极端的个人主义与放任主义。⁽⁹⁾ 这是西方近代思想史重要的课题，不庸赘说。我们的重点是社会达尔文主义对中国的影响。社会达尔文主义的重要人物是斯宾塞。他的书在 19 世纪 90 年代已有中译本，也是严复翻译的。他对严复影响最大，但对中国思想界冲击还不算太大。⁽¹⁰⁾ 对中国影响最大的反而是赫胥黎。

赫胥黎的社会达尔文主义其实并没有强调人在社会中一定要竞争到底，他没有说人们之间一定会争得你死我亡，他讲的实际是伦理学，他要探索在进化论的背景下，失去了上帝的凭借，那我们靠什么来维系一个社会，维持基本的伦理？进而，一个社会怎么会慢慢形成社区，形成国家，形成可以延续下来的种族？他强调的是群体，“适者生存”是指群体而言的，群体之间最值得强调的就是道德与伦理，所以他一再讲“伦理”，强调人与人之间的关系不是只有争得你死

(4) 达尔文在 1870 年的 *The Descent of Man, and Selection in Relation to Sex*, London: John Murray, 1870, 书内有详细的讨论。有关他著作的综合介绍，参见 Thomas F. Glick and David Kohn (ed.), *Darwin on Evolution: The Development of the Theory of Natural Selection*, Indianapolis: Hackett, 1996。

(5) See Peter J. Bowler, *Charles Darwin: The Man and His Influence*, Oxford: Basil Blackwell, 1990.

(6) See Benjamin Schwartz, *In Search of Wealth and Power*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1964; James Reeve Pusey, *China and Charles Darwin*, Cambridge, Mass.: Council on East Asian Studies, Harvard University, 1983.

(7) See Charles Darwin, *The Origin of Species*, New York: Gramercy, 1979; P. Bowler, *Evolution: The History of an Idea*, Berkeley: UCP, 1983; Mike Hawkins, *Social Darwinism in European and American Thought: Nature as Model and Nature as Threat*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997; R. Perrin, Herbert Spencer's four theories of social evolution, *American Journal of Sociology* 81: 1339 ~ 1359; A. Schmidt, *The Concept of Nature in Marx*; London: New Left Books, 1971.

(8) 参见〔英〕达尔文：《物种原始》，马君武译，中华书局（上海）1932年版，卷1，序。

(9) See Mike Hawkins, *Social Darwinism in European and American Thought, 1860 ~ 1945: Nature as Model and Nature as Threat*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

(10) 参见前注〔6〕，Schwartz书，第33~80页。

我亡、弱肉强食的丛林规则。他认为人的选择才是决定何者生存，何者淘汰的关键所在。⁽¹¹⁾ 这些论述见于他出版于1894年的《进化与伦理》(Evolution and Ethics)一书。这部书的正文只有40页，是他在牛津大学一次讲座的讲辞，但导言更长，有45页。⁽¹²⁾ 严复翻译这部书可能在1896年前后成稿，也就是原书面世两年之后，书名已经用上《天演论》。这版本的初译流传不广。经修订的版本在1898年出版时，才引起中国知识分子界极大的震撼，⁽¹³⁾ 相关的研究亦不少，但注意力集中在它和中国民族主义兴起的关系。⁽¹⁴⁾ 本文则特别关注严译《天演论》的“天”有什么含义。

此中最关键的名词是原书的“Nature”一词。当严复特意采用“天”一词来翻译“Nature”时，一个观念转换便发生了。关于这个选词，史华慈已指出严译斯宾塞《群学肄论》(A Study of Sociology)时曾解释过，严认为“天”一字多义，既可以指上帝等神灵，也可以是受自然的因果律支配，没有规范性和伦理性的形气。对史华慈来说，深受英国科学教育洗礼的严复会如此看待“天”这一个传统的观念，应该是理所当然的事。⁽¹⁵⁾ 可是“天”一词在中国传统法律和政治文化里，本来具有丰富的道德及本体论含义，现在用西方科学世界观里没有道德含义或本体论含义的Nature来加以转换，就变成重要的规范转移(fundamental paradigm shift)。转换以后的“天”，变成了冷酷无情的Nature。严复天演论讲的进化论(他叫做“天演”⁽¹⁶⁾)是物竞天择，基本上是丛林的规律。这里面是极端的利己主义，胜者为王，淘汰是硬道理，抑弱扶强，不留余地。同情、扶持弱者，都违背天演。天演就是要淘汰，淘汰弱者。扶持弱者就违背了天演。这是一种新的天演化的“天”，是我们今天中文世界里通常理解的自然主义式弱肉强食的“天”。这种理解的来源，不能不说是严复的《天演论》。

(11) 参见前注〔6〕，James Keeve Pusey书，第158~162页。并见他对鲁迅进化论的评述，James Reeve Pusey, *Lu Xun and Evolution*, Albany: State University of New York Press, 1998。

(12) 参见 Thomas Huxley, *Evolution and Ethics and Other Essays*, New York: D. Appleton, 1911; 参见前注〔6〕，Schwartz书，第91~112页。

(13) Schwartz 1964的书是研究严复的经典之作。版本问题见孙应祥：“天演论版本考异”，载黄瑞霖编：《中国近代启蒙思想家——严复诞辰150周年纪念论文集》，方志出版社2003年版，第320~332页。有关成书年期的一些争议，可见第325页。并见沈永宝、蔡兴水编：《进化论的影响力——达尔文在中国》，江西教育出版社2009年版，第137页，注1及〔日〕尾崎利惠子：“中国における严复及び‘天演论’关する研究”，《白山中国学》13号(2007)，第15~24页。

(14) 参见前注〔6〕，Schwartz书，第91~113页。其他研究甚多，重要的如王栻：“严复与严译名著”，载商务印书馆编：《论严复与严译名著》，商务印书馆1982年版，第1~21页〔日〕佐藤慎一：“‘天演论’以前の进化论”，《思想》6号(1990)；张志建：《严复学术思想研究》，商务印书馆国际有限公司1995年版；汪荣祖：“严复新论”，载氏著：《从传统中求变——晚清思想史研究》，百花洲文艺出版社2001年版，第136~161页；Theodore Hutters, *Bringing the World Home: Appropriating the West in Late Qing and Early Republican China*, Honolulu: University of Hawai'i Press, 2005, pp. 43~73等。最近有关达尔文主义对中国影响的讨论，见王汎森：“时间感、历史观、思想与社会：进化思想在近代中国”，载梁元生编：《丘镇英基金访问学人讲座文集》，中文大学出版社(香港)即将出版。

(15) 参见前注〔6〕，Schwartz书，第96页。

(16) 关于严译evolution为“天演”而不采用当时日本语相当惯行的“进化”，参见蒋英豪：“晚清‘天演’、‘进化’二词的消长”，《中国文化研究所学报》2006年第46期〔日〕川尻文彦：“‘进化’与加藤弘之、严复、梁启超”，载郑大华等编：《戊戌变法与晚清思想文化转型》，社会科学文献出版社2010年版，第244~269页。



持平而论,严复也并非完全省掉了赫胥黎原书以“人择”(人为的力量)对抗“天行”(弱肉强食)的说法。⁽¹⁷⁾只是这部分翻译和说法对中国读者而言,一般作用不大。影响大的译文主要是推动了弱肉强食就是硬道理的理解。这可以说是大部分读者对严复译《天演论》的误读,也可以说是严复半译半作的无心插柳的结果(unintended consequence),只是此柳荫无意间影响了几代人而已。

当时担心天演观的人也不少。有些人提出,这样人会变成禽兽。有些人会做出跟禽兽一样的行为。这种“人禽之辨”在中国传统文化里面是非常重要的,说人是“禽兽不如”是骂得很重的。可是从刚才说的那种天演论的价值观来说,这有什么问题呢?禽兽能生存就行。刚才说的天演观是不是赫胥黎的?当然不是。赫胥黎没有提倡人应该弱肉强食,他是讲伦理的,而弱肉强食则是不讲伦理的,这是一个重要的差别。

最近王汎森先生在他一篇分析进化论对近代中国政治影响的文章里,重新谈到这个问题,他举的例子包括夏曾佑。夏在《中国古代史》说:“循夫优胜劣败之理,服从强权,遂为世界之公例。威力所及,举世风靡,弱肉强食,视为公义,于是有具智仁勇者出,发明一种抵抗强权之学说,以扶弱而抑强。此宗教之所以兴,而人之所以异于禽兽也。佛教、基督教,均以出世为宗,故其反抗者在天演。”这是反对天演论的抑弱扶强。王汎森又引太虚法师《论严译》:“而近世之竞争进化说出,益鼓舞其我慢劣情,盲聘冥驰,无由返镜,故丧己役物凌人而不惜自隳也!此真人道残灭之巨忧哉?”说明宗教界对天演论的担忧。⁽¹⁸⁾

当时《东方杂志》第3卷第1期(1906年)引《申报》〈说竞〉也有这样的忧虑:“……往往竞之于无谓之处。如政治界也,不竞于营私,即竞于揽权;学生界也,不竞于荣途,即竞于界别;工商界也,不竞于垄断,即竞于倾轧;外交界也,不竞于求媚,即竞于仇视。言内竞则如此。言外竞又如彼,其与吾所闻之物竞者,盖无一而有合者也。吾闻天演家之言曰:自营大行,将羣道消而人种灭。今之所竞,乃不幸而类此……”值得注意的是此文引天演家时,仍不致误解赫胥黎提倡群道伦理与天演(自营)对抗的要旨,但指出天演之理已经深入政、学、工商、外交各新兴行业。再看他的结语,对以竞争为主体的天演观,亦不敢完全加以否定。

不过当时接受天演观的人更多。《东方杂志》第4卷第9期(1907年)引《津报》〈论天演与命运〉说:“……贫富之遇,营谋之优劣,而不可以道德之优劣卜之者也,此真天道人情之常,夫何足怪?天演家不云乎,适宜者存,所谓适宜者,合乎社会之优劣而已……”第22卷12

(17) 参见严复:《天演论》,商务印书馆(上海)1917年版,第16~18页:“导言”六“人择”:“天行者以物竞为功,而人治则以使物不竞为的……此所谓人治有功,在反天行者。”然下句忽谓“盖辅相裁成,存其所善,而必頼天行之力,而后有以致其事。”考诸原书(前注〔12〕, Huxley书,第17~20页),并无下句,故此严译文虽保留了赫胥黎的人择之说,但又加上了严氏自己强调天行胜于人治的新意,与赫氏原意则刚刚相反。当时读者一般会忽略了赫氏原书本意在抗拒自然竞争淘汰的进化论流弊,也就不难理解。有关严复以“任天行”取代赫胥黎原意“胜天行”的讨论,并见〔日〕手代木有见:“严复‘天演论’におけるスペンサーとハックスリーの受容”,《集刊东洋学》58号(1987);〔日〕山下重一:“严复訳‘天演论’の一考察(上)”,《国学院法学》38卷3号(2000);“严复訳‘天演论’の一考察(下)”,《国学院法学》38卷4号(2001);区建英:“中国进化论受容—严复の‘天演论’を中心に—”,《新潟国际情报大学情报文化部纪要》第2号(1999)。

(18) 参见前注〔14〕,王汎森文。夏曾佑与严复关系密切,对此问题应有相当直接的理解。两人关系可参见前注〔13〕,孙应祥文。

期（1925 年）载《赫胥黎与达尔文进化说》（作者见仁）谈到周佛海译克鲁抱特金的互助论时，引 Huxley 语说明其生存竞争的理论：“最弱的及最蠢的死灭，而最顽强，最狡猾，虽然在别方面不是最好的，而于与他的环境奋斗是最适的东西，就接着生存下来。人生是不绝的自由战争；在窄狭，一时的家族关系以外，霍布士式的各人对于依（他？各？）人的战争是生存的常态……”这显然不是赫胥黎的原意，但足以说明当时倡导天演论的人对赫氏的误解。霍布斯（Hobbes）讲的每一个人跟每一个人战斗是原始状态（state of nature），后来大家把自己的自由（权利）交给国家，让国家变成一个巨灵（Leviathan），就不再有什么可怕的原始状态。但霍布斯的“原始状态”并非历史事实，更不是常态，只是一个理念而已。没有办法证明原始状态曾经存在过。但是这里竟把它说成了人类社会的“常态”，也可见深受天演论弱肉强食的影响。

最明确提倡这种天演观的，莫过于胡适在科玄论战时提出的自然主义人生观 10 点轮廓。其中第 3 点：“根据于一切科学，叫人知道宇宙及其中万物的运行变迁皆是自然的，——自己如此的，——正用不着什么超自然的主宰或造物者。”第 4 点：“根据于生物的科学的知识，叫人知道生物界的生存竞争的浪费与惨酷，——因此，叫人更可以明白那“有好生之德”的主宰的假设是不能成立的。”第 5 点：“根据于生物学、生理学、心理学的知识，叫人知道人不过是动物的一种，他和别种动物只有程度的差异，并无种类的区别。”⁽¹⁹⁾

以下集中讨论创造出这种天演观的一段关键文字，比较严译《天演论》与赫胥黎《进化与伦理》的差异。严译与原著有出入，不特鲁迅注意到，当时已有人提及，⁽²⁰⁾ 这里再强调有差异便毫无新意。所以讨论的目的只是作具体的文本比对，分析差异何在。

《天演论》：（分点为本文作者所加）

- 虽然天运变矣，而有不变者行乎其中。不变惟何？是名天演。
- 以天演为体，而其用有二，曰物竞；曰天择。此万物莫不然。而于有生之类为尤着。
- 物竞者，物争自存也，以一物以与物物争，或存或亡。而其效则归于天择。
- 天择者，物争焉而独存，则其存也，必有其所以存，必其所得于天之分，自致一己之能，与其所遭值之时与地，及凡周身以外之物力，有其相谋相剂者焉，夫而后独免于亡，而足以自立也。
- 而自其效观之，若是物特为天之所厚而择焉以存也者，夫是之谓天择。
- 天择者择于自然，虽择而莫之择，犹物竞之无所争，而实天下之至争也……⁽²¹⁾

这一段在赫胥黎《进化与伦理》书里相应的原文如下：（分点亦为本文作者所加）

- Thus the state of nature of the world of plants which we began by considering, is far from possessing the attribute of permanence. Rather its very essence is impermanence……

(19) 欧阳哲生编：《胡适文集》（第 3 卷），北京大学出版社 1998 年版，第 163 ~ 165 页。

(20) 参见贺麟：“严复的翻译”，《东方杂志》第 22 卷第 21 期。

(21) 前注〔17〕，严复书，第 2 ~ 3 页。



- And in the living world ,one of the most characteristic features of this cosmic process is the struggle for existence ,the competition of each with all ,the result of which is the selection ,
- that is to say ,the survival of those forms which ,on the whole ,are best adapted to the conditions which at any period obtain;
- and which are ,therefore ,in that respect ,and only in that respect ,the fittest. ⁽²²⁾

这段原文,我粗略翻译如下,我的粗疏文笔与严译的典雅难免有天渊之别,这里但求扼要说明两者含义的落差而已。为方便比对,也加上了分点。

- 故此我们一直在讨论的植物的自然状态,很难说有什么恒常的性质。相反,它(植物的自然状态)的本质就是无常……
- 在生物世界里,这个宇宙过程的最主要表现之一,就是生存竞争。每一生物与所有其他生物竞争,而竞争结果就是选择。
- 即是说,存活下来的有形之物,总的来说,最能适应当时的条件。
- 仅仅从这意义上说,存活下来的也一定是最适者。(苏基朗译) ⁽²³⁾

从以上的排比,我们至少可以观察到以下几点重要的差异:

1. 赫胥黎说植物的自然状态,严复作天运。
2. 赫胥黎说植物的自然状态本质就是“无常”,严复作天运变而“有不变者行乎其中”。下句“不变惟何?是名天演⁽²⁴⁾。”(案严译天演一词即 evolution)在原文不见相应的语句。
3. 赫胥黎说“生物世界里,这个(无常)宇宙过程的最主要表现之一,就是生存竞争……而竞争结果就是选择。”严复作“以天演为体,而其用有二,曰物竞;曰天择。”体与用之别在原文没有相应的语句。
4. 赫胥黎说“竞争结果就是选择。”严复作“物竞者,物争自存也……或存或亡。而其效则归于天择。”竞争的结果变成天择的效果。
5. 赫胥黎说“存活下来的有形之物,总的来说,最能适应当时的条件。”严复作“必其所得于天之分,自致一己之能,与其所遭值之时与地,及凡周身以外之物力,有其相谋相剂者焉,夫而后独免于亡,而足以自立也。”这里“得于天”及“一己之能”均非原文之意。
6. 赫胥黎“存活下来的有形之物……最能适应当时的条件。仅仅从这意义上说,存活下来

(22) 前注〔12〕, Huxley 书,第4~5页。

(23) 最新的中译赫胥黎原著见赫胥黎:《进化论与伦理学(全译本)》,宋启林等译,北京大学出版社2010年版,第5页。另可参见《天演论》,严复译,冯君豪注译,中州古籍出版社1998年版。严译与原文的日文对照可参见〔日〕沟口雄三:“严复の‘天演论’(一)”,《琦玉大学纪要》外国语学文学篇,1978年第12号;前注〔14〕,〔日〕佐藤慎一文。引此段说明其突破早前康有为、郑观应等类进化论,将“天演”变为不辩自明的公理。又前注〔17〕,〔日〕山下重一文,亦强调此段的震撼力。

(24) 严译“天演”一词即 evolution。他曾说“天演西名‘义和禄尚’”。参见严复:“天演进化论”,初刊《平报》1913年4月12日至5月2日,载沈永宝、蔡兴水:《进化论的影响力》,第75~81页。关于严译使用进化一词与日语的进化并无直接关系的讨论,可参见沈国威:“‘一名之立、旬月踟蹰’之前之后一严译与新国语的呼唤”,《东アジア文化交渉研究》2008年创刊号。

的也一定是最适者。”严复作“天择者择于自然，虽择而莫之择，犹物竞之无所争，而实天下之至争也。”

由上可见，所谓弱肉强食的自然进化规律，完全适用于人类社会的天演论，并非赫胥黎的《进化与伦理》原文要旨所在。这样的理解，自然是误解了赫胥黎。而误解在中国的产生以及广泛传播，主要原因之一，或许正来自严复译文与原文的巨大落差。

第二节

命题二：严复的中国特色天演论，彻底摧毁作为中国传统律文化基础的“正义之天”的观念。

中国传统文化中的“天”及其法律意义，论者已多，不庸详论。⁽²⁵⁾ 从法律学出发，范忠信也提到传统中国文化的“天”在不同的领域如宗教及哲学等，有很多不同的含意：自然之天、神灵主宰之天、道理之天以及天国之天等。⁽²⁶⁾ 但就国家法律及政权而言，主要还是“道理之天”，讲的是天道（天之道），是包括政治法律的道德论本体，具有化育万物及令社会与自然界顺畅运作的功能，也可说是正义和道德的根源。中国传统法律和政治论述所说的“天”在不同时代含意也不一样，例如汉代的“天”其背后阴阳五行的成分相当重，宋元以后则以理学为基调，在近代受西方文化冲击以前的明清期，还是以宋明理学传统的“天”为主。在法律和政治主流论述里面，最重要莫过于皇权、天子。天子受命于天，奉天承运，所以在天坛祭天。政权和所有国法的正当性根源，来自天命。⁽²⁷⁾ 在传统中国法律文化里面，天理指正义的天，而不是自然的天，或进化论式弱肉强食的天。传统中国法律立足于天理、国法、人情三者的有机结合，所谓情理法兼具或兼顾。⁽²⁸⁾ 这里的人情并非私情、私交或送礼物做的“人情”。它指的是人之常情，可能是习惯与习俗，甚至是礼。“常”的“情”就是天理在人事上的具体化，仍以正义天为基础。我以前分析宋代名案“阿云案”时，指出当时王安石与司马光两派的辩论里，归根究底仍是以天道作为正义的终极根据的。⁽²⁹⁾ 柳立言对“天”在南宋审判所扮演的角色有精到的分析，说明其作为司法考虑的基础。⁽³⁰⁾ 邱澎生也指出有关“天”的讨论，亦见诸明清时期的商业法律话语。⁽³¹⁾

(25) 如冯友兰总结中国文字中天的五种含义，即物质之天、主宰之天、运命之天、自然之天及义理之天。参见冯友兰：《中国哲学史》（上册），三联书店（香港）1992年版，第43页。

(26) 参见范忠信：《中国法律传统的基本精神》，山东人民出版社2001年版，第1~4页。

(27) See Julia Ching, *Mysticism and Kingship in China: The Heart of Chinese Wisdom*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997; Hok-lan Chan, *Legitimation in Imperial China*, Seattle: University of Washington Press, 1984.

(28) 参见张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社2005年版，第81~94页；梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，中国政法大学出版社1997年版，第326~350页；马小红：《礼与法》，经济管理出版社1997年版，第148~163页。

(29) See Billy K. L. So, *Sung Criminal Justice and the Modern Implication of Chinese Legal Tradition*, in Liu Tseng-kuei (ed.), *Papers from the Third International Conference on Sinology, History Section: Law and Custom*, Taipei: Institute of History and Philology, Academia Sinica, 2002, pp. 63~107.

(30) 柳立言：“‘天理’在南宋审判中的作用”，2012年6月25日至28日在香港中文大学“近世中国宗教之价值体系的转型——第1部分——宋辽金元国际研讨会”会议论文。

(31) 参见邱澎生：《当法律遇上经济·明清中国的商业法律》，五南图书出版股份有限公司2008年版。



传统社会法律的运作离不开儒家的士大夫。不论官方的司法官员、师爷，或是民间的全职、兼职讼师，都是受儒家经典训练出来的士大夫。在他们有关法律的话语结构里，天作为正义及道德的根源，应该没有争议。传统社会民间自有其法律正义的观念，比如天理恢恢、天理昭昭、天理难容、伤天害理、无法无天、报应等等。康豹（Paul Katz）最近出了一本书叫《神圣的正义：宗教与中国法律文化的发展》^[32]讲中国法律文化里面的神圣的正义，从古代历史一直讨论到现代，举出的案例从东岳大帝、城隍神、地藏王菩萨、告阴状、冥法、阴判、阴曹到大众老爷等，可谓林林总总。事实上今天民间法律正义话语里面，我们还常常见到“天老爷”和“天网恢恢”的说法。康豹有一个理论，就是一方面政府必须申张法律的正义，以维持其政权奉天承运的正当性，另一方面民间的非官方仲裁，也必须建基于一种常理式和在当地社区普遍都能接受的正义之上。除此之外，中国传统民间还相信在阴间也有一种正义，即是阴间审判的正义。故此官府的法律、民间的仲裁、阴间的审判，都建基于同一种正义。按他的说法，这三者构成一个有机的司法连续体（judicial continuum），互相影响，相辅相成。但是他没讨论这三种正义是怎么相互贯通起来的。我认为这三种正义的根基都是“天”，即“正义之天”。此一法律文化结构，同时通过向天问责并作为最高的司法立法权威的皇帝而与政权法律文化融合，其内涵义理则由儒家士大夫不断加以修订、诠释、推广、执行。与“正义之天”的观念相关的理念如“天理难容”、“无法无天”等，在三种正义里面是通用的。

以天演之天、自然之天或弱肉强食的天，代换了上述作为传统法律文化结构基础及纽带的正义之天，原来的有机结合即无法维持而全盘崩解。要了解此种观念转换的重要性，不妨打个比喻。试想像当年达尔文等进化论者，论证他们的进化论时，不提 natural selection（自然选择）而说是 God's selection（上帝的选择），即是将上帝一词的宗教神圣含义，转换为弱肉强食的自然。这样达尔文进化论对基督教的冲击，就不单引起对《圣经》、《创世纪》的怀疑，而是彻头彻尾地颠覆了基督教最核心的观念 God，连带的是一切相关的伦理价值观。幸而此事从来没有发生，否则恐怕近代西方的法治，也可能出现另一种精神面貌——例如变成纳粹德国式的种族优生学法治？

简言之，“天演之天”与“正义之天”是不兼容的两个基本世界观。以正义之天转换成天演之天，对中国传统法律文化可谓正中要害，是最彻底的颠覆。由于《天演论》大行于世在甲午之后，不到20年中国文化界即以反传统及倡科学为主流时尚，或主张全盘西化，西学为体，西学为用。^[33]做成这种新文化潮流，《天演论》只属动力之一，但在这种思潮之下，挟科学之名而来的“天演之天”自然淘汰了传统的“正义之天”。传统的正义之天，现在被知识分子普遍视为迷信之谈，不科学，所以在政治和法律话语里面已不再有立足之地，基本上是淡出了中国政治和法律的语境。正义之天的讨论只有在哲学及宗教的领域内仍未消失，但也不再是最重要的课题之一了。故此，在20世纪中国法律改革及移植西方法律时，正义之天可说没有什么角色可言。尤有进者，迎接西方法律的中国文化里的天，已经变成弱肉强食的天演之天。是以西方精密的法律建构，植根于弱肉强食的天演之天之上。这点相信非严复作《天演论》时始料所及。

[32] See Paul Katz, *Divine Justice: Religion and the Development of Chinese Legal Culture*, London: Routledge, 2009.

[33] See Chow Tse-tsung, *The May Fourth Movement: Intellectual Revolution in Modern China*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1960; Lin Yü-sheng, *The Crisis of Chinese Consciousness: Radical Antitraditionalism in the May Fourth Era*, Madison: University of Wisconsin Press, 1979.

他的天演之天是希望用来救国保种，可不是用来作西方法律移植的基盘的。

现在我们可以想象一下，建基于天演之天而非正义之天的新法律文化，理论上可能有些什么问题。首先是通过法律移植催生的专业化法律，基本上是移植的法律技术（包括程序）及相关的应用理论，故此法律专业化与法律技术化没有本质上的差异。进一步分析，假如法律为天演观支配，也就是西方法律为用，天演之天为体。会不会直接或间接保护和鼓吹应用到法律上的弱肉强食的天演行为？这既可以适用于刑事法律，也可以适用于民事法律如婚姻、经济纠纷等。会不会意味着以天演（优胜劣败）为法律实践优劣的准绳，以强弱定是非？法律变成扶强抑弱的工具，为强者服务？天演以淘汰为硬道理，所以在法律纠纷官司上，会否胜者为王，败者为寇，赢者尽取，输者尽墨？由于官司往往取决法律技术和程序，法庭裁决输赢，素质高的或许可以维持程序上的正义，但与实质的正义或真理，甚至真相，并没有必然的关系。素质低的可连程序的正义都谈不上。合乎法律专业理性和程序的实践，结果可以违反社会民间的公正、正义常理。从天演观出发，这是天经地义，无可厚非的自然科学式的法律后果。从社会民间的伦理常情来说，则是不可理喻的，不仁不义的残酷法律现实。故此以天演为体的西方法律移植，要在中国文化、社会生根滋长，可能没有坦途。

从西方移植法律时，中国原来的正义之天，或可以承载西方法律的本土的体，已经被基本摧毁，若然在移植的过程中，也能同时移植西方法律的体，即它们的“正义之天”，则这种连根的法律移植，成功的机会或许较高。但下一命题正希望说明，西方法律的正义之天，并没有同时随着西方法律的技术程序层面输入中国。

第三节

命题三：20 世纪上半叶移植西方法律时，多忽略了西方的“正义之天”的根源。移来的法律既无西方的根，也欠本土的根，变成无根移植。

有关法律移植的理论，阿兰·沃森（Alan Watson）当然是泰斗人物。沃森的法律移植论的要旨是——法律大部分毕竟都是抄袭的，更重要就是法律抄过来就行，原来文化是什么，与抄来的法律是否配合，都是不相干的。⁽³⁴⁾ 如果说法律与文化是无关系的，那么好的法律放在任何一个社会，效果都应当一样，都可以成功。他也举了些成功的例子来说明他的理论。这个理论影响很大，但也有人不同意，提出反面的例子说明法律移植也常常不能成功。⁽³⁵⁾ 比较中庸的，开始注意法律移植是一个非常复杂的过程，比如说由谁来移植，都可能有截然不同的结果。更重要的就是移入法律跟本土文化之间的关系是怎么样的，配合得好可以造成移风易俗的后果，但也可能水土不服而产生很大的张力。⁽³⁶⁾ 换言之，法律移植成功的一个重要的条件，是移植过来的法律与本土文化能否作有机的结合。有机的意思就是两者虽不一样，但是还能够互相配合，这就会成功。反过来说，移植时张力太大，就不易成功。以成功的个案为例，像日本和土耳其，

(34) See Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974.

(35) See Pierre Legrand and Roderick Munday, (ed.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

(36) 参见〔日〕棚濑孝雄：《现代日本的法和秩序》，易平译，中国政法大学出版社 2002 年版；Andrew Harding, *Law, Government and the Constitution in Malaysia*, The Hague: Kluwer Law International, 1996.



两者在这方有惊人的相似。日本明治维新后是个非常西化的国家，把西方很多东西抄过来，包括了法律，结果相当成功。“第二次世界大战”以后抄美国的宪法，似乎又是成功的。日本是一个宗教力量非常强大的社会，从明治维新到现在都一样。日本政治的最高领袖就是天皇，天皇就是宗教与政治的结合，来自传统的神道，此外社会上信奉佛教的人甚多，传统文化尤其是它的正义之天的部分，大致上保留下来，所以是日体西用。⁽³⁷⁾ 土耳其也一样，土耳其原来是多民族多宗教的，20世纪初把很多西方的法律抄过来，尤其是民法，变成世俗化。但是，土耳其人仍旧大部分是回教徒，也容纳其他的宗教信仰，司法法律是世俗化的，社会的宗教文化根基却没有改变，也可说是土体西用。中国法律的移植就很难说有这种有机的结合。

昂格尔 (Unger) 是西方批判法学的代表人物。他那本《现代社会中的法律》认为近代西方的法治反映了现代社会的一个基本的面相，而在法治的背后，最重要的根基之一，是普遍适用的法则 (generality) 或 natural law (自然法) 背后有一种超越的宗教传统 (transcendent religion)。正是有这种超越的宗教背景，才能发展出大家都可以接受的普世规范或自然法。⁽³⁸⁾ 普世适用的规范或自然法不完全是哲学家抽象思维的传统，更重要是来自一般民众都可以明白的基督教上帝观。到现在西方还有很多教堂，宗教仍旧非常重要。这是昂格尔所讲的西方的法治发展。普世性规范或自然法之后，就开出了自然权利，启蒙运动的一套话语叫做“天赋人权”，⁽³⁹⁾ 英文原文就是 universal human rights，这跟“天赋人权”的翻译还是不太一样的。universal human rights 直译就是“普世性的人权”，但是“天赋人权”是汉语的表达，是“天”赋予的，“天”给予的。西方没有中国的“天”，所以这里也是偷换了概念，他们的人权最终确是上帝给予的，所以用“天”来译西方的上帝在汉语还是通的。⁽⁴⁰⁾ 我们在《美国独立宣言》里面很清楚地看到 Creator (造物主) 一词。⁽⁴¹⁾ 法国大革命的《人权宣言》里面，也有 Supreme Being 的说法，就是上帝。⁽⁴²⁾ 所以美国独立宣言和法国人权宣言的文本里，人权还很清楚是来自上帝的。若分析联合国的《人权宣言》，里面谈到 Faith，就是信念。Faith 一词在西方文化仍具有其宗教的源头。⁽⁴³⁾

(37) 日文汉字“天皇”一词里的“天”字，绝对不能解作弱肉强食的自然的“天”。在日文里 Evolution 也只有“进化”的翻译而没有“天演”的翻译。

(38) See Roberto Mangabeira Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, New York: Free Press, 1976.

(39) “天赋人权”原为福泽谕吉的日文翻译，参见〔日〕福泽谕吉：《劝学篇（学问のすすめ）》，群力译，商务印书馆1984年版。

(40) 中文的天翻作 Heaven 便与上帝 (God) 变成两码子事。Heaven 是不会赋予人权利的。

(41) 参见 1776 *United States Declaration of Independence*: We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. 我们认为这些真理是不言而喻的：每个人〔为上帝〕创造时都是平等的，他们的“造物主”赋予他们某些〔只能由上帝取回的，〕他人不可剥夺的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。(苏基朗译)

(42) 参见 *Declaration of the Rights of Man and of the Citizen* (1789): “Therefore the National Assembly recognizes and proclaims, in the presence and under the auspices of the Supreme Being, the following rights of man and of the citizen.” 所以国民会议在上帝之前并在祂的恩许之下，认同及宣布以下有关人及公民的权利。(苏基朗译)

(43) United Nations Charter “We the Peoples of the United Nations Determined to……reaffirm faith in fundamental human rights……” in Henry J. Steiner and Philip Alston, (ed), *International Human Right in Context: Law, Politics, Morals – Texts and Materials*, Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 1148.

所以，这些西方近代基本宪制性法律文献里面，都有一个上帝的影子。其他部门法律所谈论的 freedom，都是要追溯到上面这些宪制性文献的。

以上希望说明的是：西方近代法律自有其宗教及道德伦理的基调或根源，与上帝等宗教观念息息相关，也就是西方的法律的“正义之天”。而这些宗教根源都与弱肉强食的自然主义天演观格格不入。换言之，中国移植西方法律的时候，并没有带来他们的宗教道德伦理的根基。移植进来的法律，既无西方的“正义之天”可以归依，亦找不到本土的“正义之天”可以接驳，所以不容易开展出与本土文化有机结合的新法律文化。故此是无根移植，无体而西用。

以下用两位民国时期中国法律改革举足轻重的法学泰斗为例，简单说明当时移植西方法律时，并没有连同西方法律的“正义之天”的根一起移植进来，同时也放弃了传统法律的“正义之天”。他们是居正和吴经熊。

居正于 1905 年留学日本法政大学法政速成班习法律，短暂入读神田日本大学本科法律部。后出任南京国民政府司法院院长十六年，兼任朝阳大学董事长。他的法学理念最关键之一就是提倡司法党化。这个讲法并非由他始创，徐谦及王宠惠均曾倡言类似的理念，但居正在理论建构以及推广实践方面影响最巨。⁽⁴⁴⁾ 居正的司法党化理论，根源于当时在日本和美国相当流行的社会法学，即理解 and 实践法律不能离开其所在国家的具体社会文化脉络。他反对认为有普遍法或超越法 (higher law) 存在的西方自然法学，而服膺于现实主义法学 (legal realism) 或实证主义法学 (legal positivism)。基于这种法学观念，居正认为实践的法律不免涉及从社会的脉络中寻求法律的诠释。在进行诠释时，乃无可避免地必须先找到该主权国家具体时空最适宜的最高原则。他认为当时在中国唯一足当此任的最高原则既非传统的正义之天，也不是西方自然法学式的超越法，而是孙中山倡议的“三民主义”，亦即以“三民主义”为法律之上的最高原则。故此，北伐成功，国民政府定都南京而进入训政阶段时，“三民主义”及“五权宪法”遂成为训政时期司法和法律实践的两个超越根源。居正的司法党化，具体运作就是以“三民主义”的党义作为断狱的最终根据。居正同时十分接受法律进化观。他认为孙中山的“三民主义”，就是以孙的科学自然主义为根基的中西政治应用伦理集大成，融会古今中西。从进化角度说，是最新，最高级的原则。居正的这种法律进化观，与建基于优胜劣败的天演观岂非一脉相承？

对他来说，中国的法律改革即是以中国传统与社会现实出发的一场有方向性的社会革命。这是社会进化论在法律层面的呈现。职是之故，这个过程也必将紧随自然主义式的进化论。所以居正强调他的中华法系论，并不代表中国传统文化恢复，因为在进化的过程中，古老的东西毕竟难逃淘汰的厄运，不必再斤斤计较如何将其复兴过来。他在 1944 年发表开创新中华法系的论说时⁽⁴⁵⁾ 就很强调“人类生存于天演时代，个个是要赛跑的。”⁽⁴⁶⁾ 新中华法系必须为一个从传统脱胎换骨而催生出来的新法律文化。这一新品种虽然不必与传统一刀两截，但必须是在西方近代法律文化包围冲击之下，充分吸收列强的新进法律而变异出来的新法律系统。关键是

(44) 参见居正：“司法党化问题”，载范忠信、尤陈俊、龚先哲编：《为什么要重建中国法系——居正法政文选》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 167 ~ 189 页。有关居正的生平及法学思想，参见此书序第 59 页，及江照信：《中国法律“看不见中国”：居正司法时期（1932 - 1948）研究》，清华大学出版社 2010 年版，第 3 章。

(45) 参见居正：“为什么要重建中国法系”，载同上，范忠信、尤陈俊、龚先哲编书，第 44 ~ 89 页。

(46) 同上，第 45 页。



这套新法律文化又不得不保留一定的中国特色。要达成这艰巨的任务，居正认为只有孙中山的“三民主义”可以让中国的新法系中西并蓄。具体方向则不离以“三民主义”为法律根基的“司法党化”运动。

居正的法理学无异以“三民主义”取代传统的正义之天。这代表一个宣告与传统告别的新方向，也代表着中国法律一个关键性范式转移（paradigm shift）的来临。从这移植西方法律的案例所见，居正显然没有植入西方的正义之天，他的天演观也使他与传统的正义之天格格不入，故此当他长篇累牍地陈列中国传统法律时，基本上没有对其根基的正义之天作出任何疏解。也就是说在他对中国传统法律的历史论述里，“天”并没有很重要的位置。在他论述中华法系的何去何从时，亦没有尝试建立一个新的，可以作为正义根基的“天”。他源自天演观的“三民主义”正义，只是一种特殊的，以中国民族主义为本的正义，很难具有超越现世政权和具有普世性的正义本体论基础。即便在20世纪的中国，“三民主义”也绝对没有代替传统那种在社会上得到普遍认受的正义之天那种文化地位，所以这仍是无根的移植。没有正义之天为基础的新中华法系，最终不免走上以党义任意断狱，甚而以党政任意断狱的道路。

值得注意的是，居正在1947年发表一篇题为《法治前进观》的文章，内里充满佛家及理学家语气，言辞间竟不无重返传统正义之天的意向，与他从前以天演为本的法治观大异其趣。以下一段可见其端倪：

理法界。由天而建立者曰天理，由地而建立者曰地理，由物而建立者曰物理。天地万物各自有其理则，散之则为万殊，合之则为一致。人受天地之中以生，为万物之灵。古德有言：“天地与我同根，万物与我一体。”即此理也。我们欲穷此理，须知此理由天所命，天命之谓性，即是性理。性由心发，喜怒哀乐爱恶欲，虽属情理，亦是心理。所以欲明此理，必先明心。心明则安，安则理得。理得则能见自性。自性则能生万法。理得则能尽人情，人情即是正义。以而施诸法治，则无情者不得尽其辞……⁽⁴⁷⁾

只是这种回归宗教性正义天的冲动，并未开展出新的、系统的法理学。

另一位重要的民国法学家是吴经熊。吴经熊毕业于东吴法学院，后留学美国，1921年密歇根大学法学博士。历任上海临时法院院长、东吴法学院院长等职。他服膺美国法律现实主义及社会法学，曾游学德国，故此同时接受实证分析法学。⁽⁴⁸⁾ 作为一位法律进化论者，⁽⁴⁹⁾ 他反对西方的自然法学，盖此派在法律进化中已受淘汰。同时亦不满意以“命令”（command）为法律

(47) 居正：“法治前进观”，载同上，范忠信、尤陈俊、龚先岩编书，第92页。

(48) Alison Conner, *The Comparative Law School of China*, in C. Stephen Hsu, ed., *Understanding China's Legal System* (New York: New York University Press, 2003), pp. 210 ~ 273. 有关吴经熊与美国法学界（霍姆斯 Holmes）的密切关系，参见孙伟编：《吴经熊裁判集与霍姆斯通信集：穿越时代经典判解，汇通东西忘年友谊》，中国法制出版社2010年版。有关吴经熊的研究，可参见孙伟：“吴经熊研究综述”，《宁波大学学报（人文科学版）》2010年第4期。

(49) 参见吴经熊：“关于现今法学的几种观察”，载吴经熊、华懋生编：《法学文选》，中国政法大学出版社2003年版；原刊1935，第87~110页。

的奥斯汀分析法学 (Austinian analytical jurisprudence)。吴经熊以天演论式的自然之天，严批中国传统法律的天，他认定天本应是自然之天，没有任何道德或正义的内容，只是贵族比附为神圣的天，利用天人交感理论，欺骗和震慑平民。故此他认为传统的天只是一种封建的迷信，藉天高地低的自然状态，比附成天尊地卑的社会意识。他说：

将人世间的尊卑观念不知不觉地影射于本来没有什么尊卑区别的天地，再将这个非自觉的宇宙观奉人事上的模特儿！其结果是，本来相对的原则一变而为天经地义的了。换言之，空间的高低，本来不过一种自然现象，但是，在贵族思想家心目中，也就是尊卑贵贱的蓝本。⁽⁵⁰⁾

可见吴经熊当时是彻底否定传统法律的正义之天的。对他而言，所谓天就是严复式的自然主义的天。

为了建构新的中国法学，吴经熊提出一套法律三〔向〕度论，包括时间向度、空间向度以及事实向度。⁽⁵¹⁾ 前两者比较简单：时间向度指法律生效的时间，空间向度为法律的有效社会空间。“事实向度”较复杂，在他的说明里包含了很多意思，由具体案件的事实真相到法庭实际上可以适用的各种法律条文、案例、法学理论、概念及原则等，都纳入“事实向度”。法律因此就是法庭上各方建构预期的一个过程。法律因而从来不可能一成不变或具有永恒的确定性。连较抽象的原则及规范也不免随时移世易而需要调整或重新加以诠释。所以法律只存在于经验而非理性，法律的操作与理解亦不能离开具体社会的脉络。普世适用的法律是不存在的。这种法律进化观显然深受社会法学及法律实用主义的影响。由此出发，吴经熊进一步建构了他有名的“中国新分析法学派”。关于这套理论他本人没有作出详尽的论说，但在他主编的东吴法学院重点学术期刊《法学季刊》上，曾发表了两篇文章较详细说明他的中国分析法学派。在 1935 年，吴与人合编了一部法学论文集，以期推广民国以来他们认为经典性的法学论文。这两篇介绍吴经熊中国新分析法学的文章均收入论文集之内，可见吴认为这两篇介绍他自己的法学理论的文章，都可以代表他的本意。⁽⁵²⁾ 大体上，所谓中国新分析法学，试图融通西方的历史法学（时间向度）、社会法学（空间向度）以及实证主义分析法学（包含法律概念的抽象分析）。吴对当时流行的心理法学的意识概念也很感兴趣，用来增强法庭上解读所谓人性在社会利益与法律诠释之间的逻辑联系。

严复的天演论显然构成吴经熊此时期法理学的基调。在吴的法理学系统之内，传统的正义之天是不可能有任何位置的。在五四运动以后，这是知识界的主流，吴经熊的取径没有两样。但是吴同时服膺西方社会法学与历史法学，这些观点强调社会的法律文化根源，与他的天演论思维本格格不入，所以他的法学必须与启蒙运动以来的欧陆理性主义式的分析法学相结合，始

(50) 吴经熊：《法律哲学研究》，会文堂书局（上海）1937 年版，第 3~4 页。承曾建元先生指出这批判或与费尔巴哈（Ludwig Feuerbach）《论基督教的本质》（Das Wesen des Christentums）的精神有相通之处。谨致谢忱。

(51) 参见吴经熊：“法律的三度论”，载刁荣华编：《中国法学论著选集》，翰林出版社 1976 年版，第 1~4 页。

(52) 参见端木恺：“中国新分析法学简述”，载前注〔49〕，吴经熊、华懋生编书，第 231~245 页；孙渠：“续中国新分析法学简述”，收同书，第 246~264 页。



能取得平衡,并且在参与草拟“中华民国民法”的过程中,相当强调西法与中国三民主义的融合。⁽⁵³⁾但不论他所信奉的“三民主义”保留了传统那些成分,他都没有改变对中国传统基础的扬弃。他的中国新分析法学既无法摆脱历史法学与社会法学对传统正义伦理基础的要求,同时又不得不归宗于分析法学,则两者之间的理论张力,实际没有得到有效的消解。对他来说,最后的出路仍得回归以天主教神学为本的自然法学派,也就是回归西方的正义之天。⁽⁵⁴⁾吴经熊的法律移植,可谓由无根移植“进化”到连根移植。

值得一提的是,曾建元认为居正及吴经熊两位中国法学界先驱,在建构新中国法学时均充满以救亡图存为急务的忧国忧民意识与情怀,我们今天对此可有充分的同情和理解。我完全同意并且在讨论两人时是以此敬意为出发点的。本文有关严复的讨论也完全建基在这点认识之上。⁽⁵⁵⁾

小 结

本文探讨20世纪中国法学发展的一个侧面,也可说是相当基本的一个层面,就是影响几近无远弗届的天演论对专业法律界世界观的冲击,以及这冲击对移植西方法律的影响。“天演”一词滥觞于严复,但托赫胥黎之名,故必先疏理两者的落差。全文要旨可概括为三个命题,复述如下:

命题一:“严复翻译赫胥黎的《进化与伦理》时,作了重要的观念转换,故变成严复自己创作的,以弱肉强食为要旨的天演论,与赫胥黎的原意几近南辕北辙。对近代中国思想界影响巨大的进化观,其实是这套托赫胥黎与科学为名的弱肉强食天演论。”

命题二:“严复的中国特色天演论,彻底摧毁作为中国传统法律文化基础的“正义之天”的观念。”

命题三:“20世纪上半叶移植西方法律时,多忽略了西方的“正义之天”的根源。移来的法律既无西方的根,也欠本土的根,变成无根移植。”

这种弱肉强食天演论支配之下的西方法律移植,对20世纪下半叶中国海峡两岸的法律发展道路有何影响,是值得继续探讨的议题,但已逸出本文可以处理的范围。

(53) 此点承曾建元先生提示,谨致谢忱。他的书面评论见曾建元:“救亡图存,天道宁论—评苏基朗‘无法无天?严复译:《天演论》对二十世纪初中国法律的影响’”,载 <http://www.chinainperspective.com/ArtShow.aspx?AID=16391>。

(54) 参见 John Wu, *Jurisprudence: A Treatise, Richly Illustrated by Cases and Readings*, Taipei: Hwa Kang shuju, 1976。吴经熊:“我的法律哲学:在进化中的自然法”,载洪玉钦编译:《法学论文选译集》,中国文化学院1978年版。有关吴经熊转归天主教为本的西方自然法学,参见曾建元:“跨越东与西——吴经熊的人生与法律思想素描”,载许章润主编:《清华法学》(第4辑),清华大学出版社2004年版,第81~122页。

(55) 参见前注〔53〕,曾建元文。