



国家出版基金项目  
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

近代名家散佚學術著作叢刊

【政治與法律】

# 中國法律之批判

蔡樞衡／著

山西出版傳媒集團  
山西人民出版社





国家出版基金项目  
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

蔡枢衡◎著

# 中國法律之批判

山西出版傳媒集團  
山西人民出版社

## 中國法律之批判

主 編 許嘉璐  
著 者 蔡樞衡  
責任編輯 張文穎

出版者 山西出版傳媒集團·山西人民出版社

地 址 太原市建設南路21號

郵 編 030012

發行營銷 0351-4922220 4955996 4956039

0351-4922127(傳真) 4956038(郵購)

E-mail sxsccb@163.com 發行部

sxsccb@126.com 總編室

網 址 www.sxsccb.com

經銷者 山西出版傳媒集團·山西人民出版社  
承印廠 山西出版傳媒集團·山西人民印刷有限責任公司

開 本 700mm×970mm 1/16  
印 張 7

字 數 73千字

印 數 1—3000冊

版 次 2014年12月 第一版

印 次 2014年12月 第一次印刷

書 號 ISBN 978-7-203-08863-9

定 價 15.00圓

## 圖書在版編目(CIP)數據

中國法律之批判／蔡樞衡著．—太原：山西人民出版社，2014.12

(近代名家散佚學術著作叢刊／許嘉璐主編)

ISBN 978-7-203-08863-9

I．①中… II．①蔡… III．①律—研究—中國—  
民國 IV．①D929.6

中國版本圖書館CIP數據核字(2014)第289763號

《近代名家散佚學術著作叢刊》編委會

總主編 許嘉璐

編委會 王紹培 王繼軍 許石林 李明君

汪高鑫 趙勇 梁歸智 樊綱

(按姓氏筆畫排序)

總策劃 越衆文化傳播·南兆旭

出版工作委員會

主任 李廣潔

副主任 姚軍 石凌虛

委員 周威 梁晉華 徐勝 顧海琴

張文穎 秦繼華 馮靈芝 張潔

設計總監 李尚斌

設計製作 王秀玲 何萬峰 歐陽樂天

# 出版說明／

近代名家散佚學術著作叢刊選取一九四九年以後未再刊行之近代名家學術著作共一百二十冊，編例如次：

一、本叢書遴選之著作在相關學術領域具有一定的代表性，在學術研究方向、方法上獨具特色。

二、為避免重新排印時出錯，本叢書原本原貌影印出版。影印之底本皆經專家組審定，原書字體大小，排版格式均未做大的改變，原書之序言、附注皆予保留。

三、本叢書分為八大類，以作者生卒年編次。

四、為使叢書體例一致，本叢書前言後記均採用繁體字排版。

五、個別頁碼較少的版本，為方便裝幀和閱讀，進行了合訂。

六、少數學術著作原書內容有個別破損之處，編者以不改變版本內容為前提，部分進行修補，難以修復之處保留缺損原狀。

七、原版書中個別錯訛之處，皆照原樣影印，未做修改。

八、所選版本之抽印本頁碼標注，起始至所終頁碼均照原樣影印，未重新編排標注新頁碼。

由於叢書規模較大，不足之處，殷切期待方家指正。

# 總序／

## 披沙瀝金，以爲鏡鑒

◇ 許嘉璐

多年來有一個問題始終在我腦中盤桓：爲什麼在十九世紀末到二十世紀初，在短短的幾十年裏，中國的各個學術領域竟涌現了那麼多大師級的人物？這是中國近代史上一個極爲重要的現象，我認爲，如果不能給出令人滿意的答案，我們撰寫的近代學術史將是不完整的，甚至是缺乏靈魂的。後來我知道，著名人類學家克羅伯曾提出過一個問題：爲什麼天才成群地來？看來這種現象的出現並非中國所獨有，思考其所以然的也大有人在。而在那一次世紀之交中國的情況，似乎應驗了「天才成群地來」這個令克氏久久不解的疑問。錢學森先生曾從相反的方向提出了相同的疑問：爲什麼我們這個時代出現不了杰出人才？後來人們稱這個問題爲「錢學森之謎」。

要回答這些疑問不是件容易的事。與其迅速地囫圇地探尋，不如先多了解那些讓中國近代學術（應該包括人文科學和自然科學）史上閃耀着光輝的大師們的作品和自述，從而在腦海里盡量「復原」他們所處的環境和在那種環境下的心理路徑，從中或許可以得到一些啓示。

有一點是顯然的，這就是他們雖然都已遠離塵世而去，但是他們獨立思考的品性、求知治學的真誠、困厄窮愁中對節操的堅守，恐怕是他們共同的主觀因素，一直影響到現在，而且將會永遠留存下去。

就思想界、學術界而言，二十世紀上半葉是一個新說和舊說碰撞，中學和西學融匯的大時代。那時的學人極爲重視言行操守，同時具備現代知識分子的理想信念；他們的學術研究十分純淨，絕少功利因素；他們

的視界開闊，以包容的心態和嚴謹的風格造就了成果的大氣與厚重。至於在客觀因素一面，他們實際是在用工業化時代的事實解說着太史公所說的名山之作「大抵聖賢發憤之所爲作」，困厄苦難使得他們「皆意有所鬱結」。這種鬱結，幾乎和個人的名利毫無牽涉，他們永遠不能釋懷的，是民族的存亡、國運的興衰、民衆的福禍和文脈的續斷。

那個時代也是近代歷史上最大規模的中西古今學術調適、創新的時期，學術方法上的交互滲透和融合、創新亦可謂「於斯爲盛」。斯時之學人是要在封閉的屋牆上鑿出窗子的勇士，是使人能够看看外部世界的第一批導夫先路者，或者可以說，他們是在「意有所鬱結」時「彷徨」和「吶喊」的「狂人」。

相對於那時的哲人們，後來者是幸運兒。現在的形勢是，近三十年來學界空前繁榮，衆多學科有了長足之進，其中很重要的一點是學界有了更新穎、更廣闊的國際視野，似乎接續上了百年前的學壇盛事。但細想想，「古」與「今」還是有差別的。其異，主要不在於世界情勢、學術進展、工具改善這些客觀存在，而在於在廣泛吸收各國優長的同時，自身文化的主體性越來越受到重視，換言之，「拿來主義」已經延長了「拿來」的程序，加上了試用、甄別、篩選、吸收、融合、成長。就我孤陋所見，在當今地球上，面向所有異質文明，努力汲取我之所缺，其範圍之大和心態之切，似乎無出中國之右者。從這個角度說，我們已經超越了前輩。但是事情還有另外一面，學術，特別是人文學科，其職業化、「沙龍化」和功利性，以及隨之而來的浮躁病却嚴重了。從這個角度說，是不是我們已經後退得够可以的了？而這不是我們這個時代出不了大師的原因之一呢？

民國學術界的特點之一是極爲注重對傳統的反省、批判與繼承。他們對傳統文化盡最大的努力進行整理

和研究。一方面，由於戰亂頻仍，民不聊生，學者們擔起了讓中華文化薪火相傳的歷史責任；另一方面，他們要通過對中國傳統文化的整理、挖掘來重振民族自信心。這一時期對傳統文化進行整理的全面而深入是前所未有的，舉凡文字學、語言學、經濟學、法學、哲學、政治制度、書法繪畫、金石學……規模之宏大，研究之精微，令人嘆為觀止。

民國學術推動了現代學科體系的建立。在對傳統文化整理和研究的基礎上，吸收西方的文化思想和理念，推動和建立了中國現代學科體系。例如，在對語言文字和音韻學成果進行整理、研究的基礎上開始着手規範之，建立了國語學；深入研究書法、國畫，將其融入了現代美術學科；在廢除舊有學制後逐步建立起小、中、大學較完整的科目和學科體系。

民國學術也改變了傳統學術方式，建立了新的研究範式。以現代科學考古為發端，科研的實踐和成果使中國知識界真正認識到在實驗、比較基礎上的邏輯分析對學術研究的重要，推進了中國學術的一大演變。至於我們常說的打破士大夫傳統、走出書齋到田野鄉村和市民中進行調查研究、結束了經學時代、以歷史眼光檢視儒學和諸子等等，都是確立新學術範式的努力。這一轉變，也標誌着中國學術界脫胎換骨，全面進入了現代，為此後的學術發展奠定了堅實的基礎。當然，西方啟蒙運動以來，在「現代性」和「現代化」裏潛伏着的缺陷和謬誤也傳到了中國，這些不能不在前哲的著作裏留下痕迹。這並不奇怪。類似的情況，古往今來孰能免之？猶如今天的我們，誰敢自稱我之所見就是永恒的真理？在這個問題上兩個時代所異者，或許就在昔時大家創立新說或譯註西學著作，往往是懷着對學術和前哲的敬畏而為之，故而常常誤不在我；當今則往往出於對學問和他人的輕蔑，或以所研究的對象為謀己的工具，因而難辭主觀之咎吧。翻閱他們的心血之

作，這些復雜的狀況可以顯見，可以視之爲我們的一面鏡子。

滄海桑田，世事變幻，歷史的動盪和時代的遮蔽，使當年許多大師的一些極有價值的學術著作被棄於故紙堆中，不能不令人有遺珠之憾。爲此，山西人民出版社不惜以數年之艱辛，披沙瀝金，編輯出版這套近代名家散佚學術著作叢刊，凡一百二十冊，計文學、史學、政治與法律、美學與文藝理論、民族風俗、宗教與哲學、經濟、語言文獻共八大類別。所選皆爲作者之純學術著作，無論是其見解、精神，抑或是其時代烙印，都是後輩學人可資借鑒的寶貴財富。他們出版這套叢書，意在讓世人不忘來程，知筆路藍縷之不易，爲民族文化的傳承再增薪木。

出版社的初衷，與我近年來所思所慮近似，故願略述淺見於書端，以與策劃者、編輯者和讀者共勉。

二〇一四年七月六日

改定於自安東回京途中

# 前言／

◇王繼軍

一切歷史都是當代史，人類歷史具有延續性，現實之中包含着歷史的因素，割不斷的傳統深刻地影響着當代社會；歷史可以從當代的角度去發現和解讀，當代所面臨的現實問題，促使我們去追尋它形成的根源，去叩問前人的智慧，以資借鑒。在平靜緩慢、綿延不絕的歷史長河中，總有那麼一些波瀾壯闊、起伏跌宕的時期，它們所孕育的巨大轉折價值和意義深深地影響着後來者。近代中國社會經歷了亘古未有的大變革。就經濟而言，傳統的自然經濟結構受到衝擊，資本主義因素的工商業在經濟體係中佔據越來越重要的地位；在政治上，帝制衰敗，共和肇興；在法律方面，傳統的法律典章再也不能夠適應富強、民主、自由、科學的社會需要，西法東漸，勢不可擋；在文化和學術上，東西文化的碰撞、交流與融合，使得發現新資料、運用新方法、創造新範式、提出新思想成爲可能。中國近百年的歷史可以說是一個從傳統社會轉向現代社會的歷史。

開放的思想是人類理性挑戰愚昧的銳器，自由的學術是世界邁向理想社會的階梯。一代學人以他們廣博的學識、獨立的品格、創造的思維、勤奮的勞動，推出燦若繁星而又堅實厚重的學術成果，爲時代提供智慧的啓迪和思想的指引，以一種獨特的方式積極參與到社會變革的偉大歷史進程來。學術的力量是長久和巨大的，學者的貢獻是不應該被忘記的。

本叢刊政治與法律部分，輯錄了于佑虞、聞亦博、曾松友、宋希庠、楊德森、常乃惠、瞿同祖、王振先、熊理、朱章寶、蔡樞衡、趙鳳階、陳顧遠、郭箴一等名家散佚的論著，其中涉及社會形態、政治制度的歷史與學說、中國古代的倉儲、糧政、勸農、海關、婚姻等制度、婦女問題以及中國法律之精神與法律現象變遷等諸多方面的重要論題。這些論著具有資料豐富、考證翔實和「思他人所未思，言他人之未言」的共同特徵，又在方法、結構、風格方面展現出摇曳多姿的形態。有的長於敘事，爬梳整理，去偽存真，娓娓道來；有的善於思辨，歸納演繹，比較剖析，鞭辟入裏；有的體大思精，在宏大的架構中闡說精妙的見解；有的以小見大，於細微處見精神。這些論著無疑成為中國學術史上的瑰寶。

閱讀是一種交流，研習先輩學人的著作，就仿佛與杰出的心靈展開了一場穿越時空的對話；閱讀是一種沉思，浸潤於那些深邃的思想裏，使我們得以忘却外部的喧囂與繁華；閱讀是一種旅行，我們汲取歷史的滋養，再向更遠處出發。

是為序。

## 作者簡介

蔡樞衡（一九〇四年—一九八三年），江西省永修縣人，中國當代刑法學家。早年留學日本，回國後，任北京大學、西南聯合大學等校教授。其畢生致力於刑法的教學和研究，著有刑法學、刑事訴訟法教程、中國法律之批判、中國法理自覺的發展、中國刑法史等書。

## 寫在前面

這是毫無疑問的：抗戰勝利後的中國是獨立自主的民族國家。可是，問題也就在這裏發生了。因為接着要問的是：這明日中國的一切是復古？還是開新？

鴉片戰爭以前，四千年來的中華民族是獨立自主的——漢族和非漢族間統治權的代謝，並不影響中華民族的獨立自主性——。從這點說，明日的中國是復古。可是，抗戰勝利，一切建設完成後的中國是二十世紀的現代國家。從這裏說，明日的中國是開新。綜合說來，明日中國的一切是開新中的復古，也是復古中的開新。換句話說，這明日中國的一切是從所謂「固有」的和「外來」的二者批判中建設出來的。

「闡發中國固有文化」。這是早就被某些人士提出來了的問題或要求。可是這個問題客觀的性質似乎是評判，而不是所謂「闡發」。雖然「闡發」和「批判」同樣可以找出歷史中的民族性，增強民族自我的意識。然而望文生義，闡發似乎不如念有選擇性和進步性的批判，比較容易發現真理，更能助長文化，幫助建設。

假使用客觀的態度來觀察目前中國文化界的動向，即刻可以發現一種不平衡。這就是

儘管一面有很多達人名士高唱開發中國固有文化的口號，同時卻很少聽見人說「外來」的也有批判或提煉的必要。這大概是因爲已經意識或無意識肯定了「外來」的一切和日本軍隊敗退同時絕跡於中國的緣故吧！可是，只要所謂「舊瓶裝新酒」和「中學爲體，西學爲用」的主張不是真理，這種主觀的武斷就不能不算是重大的錯誤。

新中國的建設，現實一切「外來物」，或「洋貨」的批判都是必要的；否則，建國事業便失掉了出發點。歷史告訴我們：四十年來，制度上的諸般「洋貨」大半是用實現中國自己理想的形式輸入中國的。事實卻告訴我們：因爲近百年來殖民地性的民族身分——不平等的國際關係在作祟，使我們的理想和現實始終不相同；理想的實踐也和理想自身不相符。因此，除了批判固有文化之外，理想自身的批判，把理想作標準的現實檢討，「外來的」和「固有的」二者的有機結合，都是抗戰建國過程提供給人們的歷史課題，也是今日的文化人應有的使命。

在法律和法學的領域，這使命的實踐自然是立法、司法、法治和法學諸問題的探討。抗戰建國的現實也已經促使法學人士注意到立法，司法和法治問題。不過，視線焦點和立場局限於制度的批評和建議，以及制度和現實不符合的指摘。大體說來，本質上都是政治問題或從政治政策出發的探討。從這點看，法學問題的研究可以說還是空白了的所在。再從另一面看，理想和現實不符的原因，理想之實踐而不徹底，和不能徹底的原因之科學

的探求，「外來的」和「固有的」二者之有機的結合等等也多被忽略了。

「中國法律之批判」這本小冊是二十九年春假中用很短的時間寫成的。不僅問題的解答全憑著者個人一己之見，絕少可供參考的材料，連問題提出的方式也是出於著者個人閉門造車式的杜撰。兼之，時間很不充分，理論過程不嚴密和說明不充分的毛病，當然在所難免。直率說來，在著者主觀上，這篇文章的內容只是一種既沒有成熟而又不完全的認識。拿來問世，實在有點近於荒唐。不過，若從填補法律及法學方面的探討目前現實所表現的缺點看，這篇文章付刊也許不是毫無意義的。

附錄六篇都是和中國法律及法學有關係的文章。不過，因為處理問題的觀點和技術微有不同，自己當作概念而活動的積極性有時也比較充分些。驟然看來，很容易被認為互相矛盾，而實在是互相發明，互相補充的。

這本書中的若干點，曾承賀麟和張佛泉二位教授有所啓示，因此獲得了補充和修正的機會。特在這裏鄭重對張、賀二位先生道謝。全稿的抄寫是煩國立西南聯合大學法律學系教員徐長齡君費神的。就此一併致謝。

二十九年九月著者於昆明北京大學教授宿舍

# 目次

|                         |    |
|-------------------------|----|
| 寫在前面……                  | 一  |
| 第一 法哲學及法史學上的二大問題……      | 一  |
| 第二 沈家本派及其反對派批判……        | 五  |
| 第三 法學的新立場及其應有的法律觀和方法論…… | 一八 |
| 第四 今日的中國法之新認識……         | 二六 |
| 第五 明日的中國法應有之面目和精神……     | 三六 |
| 第六 建設新中國法學之基本原則和前提條件……  | 四七 |
| 附錄                      |    |
| 一 西洋法律的輸入……             | 五七 |
| 二 舊道德與新法律之矛盾及其歸宿……      | 六六 |
| 三 人治禮治與法治……             | 七〇 |
| 四 憲政與農人……               | 七五 |

目

次

一

|   |                   |    |
|---|-------------------|----|
| 六 | <b>抗戰建國與法的現實：</b> | 七九 |
|   | 中國舊法制之合理的認識：      | 八三 |