

蔡樞衡著

中國法理自覺的發展

蔡樞衡著

中國法理自覺的發展

15700.
11574
36 11.4

中華民國三十六年四月五日付印
中華民國三十六年五月卅日出版

有著作權



翻印必究

著 作 人

蔡 樞 衡

發 行 人

蔡 樞 衡

印 刷 者

河 北 第 一 監 獄

經 售 處

各 書 房

寫在前面

七七事變後，隨北京大學遷校，作客長沙。二十七年春，復遷昆明。直至去年夏復校復員，重遊故都。這中間，說辛酸，辛酸萬分；說愉快，自然也愉快莫名。

侵略破壞了一切秩序；砲火阻止了書本學問的向前。唯一可若的工作是：觀察現實，回顧已往，憧憬未來。偶有所感，每以一吐為快。於是除三十二年以後，為物價所屈服，課餘時間，悉為律師業務所耗外。自二十七年末至三十二年春，我個人便產生了一個散文時代。為着吃苦不離本位，所以文章不離本行。事後集起來，居然有了不算很少的數量。

從來的法學論文都是旁徵博引的。我這些文章，在這一點上算脫格了。從來的文章都是文言文。這點我又革命了。我不敢說我這些文章在客觀上有多大價值。只可說：這些都是我的思維發展過程中的痕跡。若法論、世界觀、以及法律觀，始終一致。問題都是中國文化問題的一部份。不過，有些議論是專對戰時後方而發的。這種地方固然件件沒有普遍的當徵。大部分還像排着時間性，也是十分明確的。根據歷史的發展，若干地方，尤其像法學教育問題之發展，讀了五十六年五月十六日北方日報所載教育部朱部長之政策，誦讀者其所論並非新穎呻吟。政策之方向較之所論並無本質的差異，衷心實感無限欣感。

這書本質上是論政策。章節是後加的，自然會覺得不十分緊湊；甚或可以發現若干重複。戰時後方情

紙論文的字數是有限制的。雜誌方面的限制，却寬鬆多了。因此，各節字數的比例，顯得非常不調和。報紙文章的語句，比較簡潔。雜誌上的文章却是純語體。兩者湊合起來，又增加了一種不調和。好在內容上的聯絡，並不怎樣免強。不過，第三章的第四節原是第六章的第一節。因為排錯了，祇好牽就。

對王承河北第一監獄典獄長吳訪丞先生的好意，使我減少不少困難；同監獄第三科科长王馨吾先生印刷主任何明西先生及有關執事先生之熱忱協助，復使進行意外順利，令人難以忘懷。就此一併致謝。

中華民國二十六年四月掃墓節稿，五月十六日改正。

著者 於北平中老胡同北大住宅。

對來函者學編文語基致謝詞。

自二十一年末至二十二年春，外國人與我主工一冊讀文初升。其書中本不難本質，但因其章小則本口。

未來。對台演劇，新報。其書中三十二平以對，其書中演劇，其書中演劇，其書中演劇。

對領部票工一冊讀文初升。其書中本不難本質，但因其章小則本口。

。蓋中間，其辛勤，其勤萬長；其勤對，自然由勤於其。

。其辛勤，其勤萬長；其勤對，自然由勤於其。

寫在前

抄

中國法理自覺的發展目錄

寫在前面.....

第一章 新中國之文明與文化.....

一 新中國之文明與文化.....

二 所謂文化膏藥問題.....

三 抗戰建國與法的現實.....

第二章 四十年來中國法律及其意識批判.....

一 法哲學及法史學上二大問題.....

二 沈家本派及其反對派.....

三 法學的新立場及其應有之法律觀和方法論.....

四 今日之中國法之新認識.....

五 明日的中國法應有之面目和精神.....

六 建設新中國法學之基本原則和前提條件.....

第三章 法之本質之再認識.....

七九——一〇六

一 中國舊法制之合理的認識.....八〇——八六

二 西洋法律的輸入.....八六——九五

三 舊道德與新法律之矛盾及歸宿.....九五——九九

四 人治禮治與法治.....九九——一〇三

五 法律萬能與法律無能.....一〇三——一〇六

第四章 中國法學及法學教育.....一〇六——一四〇

一 中國法學的病和藥.....一〇六——一一五

二 中國法學之貧困與出路.....一一五——一二一

三 法治與法學.....一二一——一二五

四 法學教育之生產和再生產.....一二五——一四〇

第五章 憲政與法治.....一四一——一七八

一 實施憲政與建設法治.....一四一——一四四

二 憲政與農人.....一四四——一四八

三 警察國與法治國之矛盾及歸宿.....一四八——一五一

四 中國青年與中國法治.....一五一——一五七

五	法治精神與建國.....	一五七——一六一
六	中國法治諸問題.....	一六一——一六六
七	法治之路.....	一六六——一六九
八	中國法治的根本問題.....	一六九——一七八
第六章 中國司法之理想		
一	建國與司法近代化.....	一七八——二二九
二	建國作業與監獄改良.....	一七九——一八一
三	保障人權與改良看守所.....	一八一——一九一
四	撤銷領事裁判權與改革司法.....	一九二——一九六
五	民族解放與司法革命.....	一九六——二〇一
六	司法革命問題.....	二〇一——二〇五
七	司法解放與司法自立.....	二〇五——二一〇
八	法官與法律.....	二一〇——二一七
九	中國司法之理想.....	二一七——二二〇
第七章 犯罪原因及其他		
		二二〇——二二六
		二二六——二七〇

一 犯罪原因之一考察.....	二二七	—	二二九
二 漢奸及文化漢奸.....	一三九	—	一四五
三 墮胎與民族.....	二四五	—	二五一
四 守法與犯法.....	二五一	—	二五五
五 新知識群之含詬與自反.....	二五五	—	二六一
六 青年問題與問題的青年.....	二六一	—	二六六
七 青年志向與社會環境.....	二六六	—	二七〇

中國法理自覺的發展目錄終

中國法理自覺的發展

蔡樞衡著

第一章 新中國之文明與文化

一 新中國的文明與文化

全盤西化論者陳序經先生在今日評論第五卷第三期發表了一篇「抗戰時期的西化問題」。這是一篇自批判中展開自己的理論之力作。陳先生所批判的對象原來是張馮賀三先生對於陳先生的全盤西化論之批判。所以這篇文章本質，是反批判，是批判的批判。這事實告訴我們：討論的過程早已進入了深刻的階段。兼之，問題之討論非始於今日。讀在十年前。因此，陳先生的見解俟理應是已經很少可乘之隙。然而編輯先生在撰者介紹中雖然表示：「期待着問題之再檢討。假使我之淺薄的見解僥倖通過了主編者的審查，那麼一面志，再行拋磚，算是我願意發表這篇文章的動機。」

「中國的物质文明和精神文化究往何處去？」這是中國史上劃時期的海禁大開這一幕提供給人們的歷史課題。本來，海禁大開後，中國文明文化之歸宿，和海禁大開前的中國文明文化同樣地被客觀的歷史法則決定了；根本不容任何「智」用不着任情好惡或是非爭辯。可是事實告訴我們：這條出路尚猶摸有了四種不同的見解！第一是原狀復古；第二是全盤西化；第三是中學為體，西學為用；第四是抽精取華，自

已創造。

原狀復古論只是一種幼稚而且觀念的自己安慰或自己陶醉。姑勿論中國過去數千年中的文物制度流動不歸，所復之「古」究應把何朝何代何年何月何日何時的事實作標準？根本沒法決定。假定這點不成問題，還要歷史是循環的，原狀復古論才不失為合理的見解。然而歷史決不是循環的。重開「孔家店」和「向東轉」的主張只是外來壓迫和全盤西化的聲勢之單純的反撥。這雖不失為一種本能作用，不失為民族自我意識之表現，然而這種主張之合理性決不能超出抽象的民族自我意識之範圍。

具體的民族的農業社會形態必然為工商業社會形態所揚棄，那是歷史的造化。孔家店倒招牌也是歷史決定了的——不問願意不願意，終是一件人力莫可如何的事情。把孔家店的招牌當作拒絕工商業的長城，和螳臂當車同一是無力而不自量。原狀復古——回復農業社會的主張只是農業社會的迴光反照。隨着工商業之克服農業，必然會銷聲匿跡。近年來再也找不出反對西洋物質文明的人，以及指摘西洋精神文化的人寥寥無幾的現象，正因中國的農業已經成了外國工商業附庸的緣故。中國農業從屬於外國工商業雖是一種變態現象，究不失為農業從屬於工商業之一形態。這雖顯然是一種不愉快的事件，然究不失為原狀復古論喪失客觀基礎之一方式。陳先生認定這是進一步了解西化的證據，理論上是十分突飛的。原狀復古論和全盤西化論互相矛盾。然而中國文明文化的出路，除原狀復古論和全盤西化論外，理論上容有第三種情形存在之可能。事實上也有中體西用論，舊瓶新酒論和自己創造論等等。在這種情形下應用排中律，認為原狀

復古論失敗便是全盤西化。食天之功以爲己力的事小，埋沒了真理的事大。

和原狀復古針鋒相對的見解是全盤西化論。什麼叫全盤西化？二年前在某處見過陳先生某篇文章中曾給予明白的規定，可惜現已記不清楚。然而所謂全盤西化這概念的內容至少有二屬性：第一，化的榜樣是「西」；第二，化的程度是普遍而徹底——不剩一物，不留一事。假定這個分析大體不差，我覺得所謂全盤西化第一太抽象化了，第二太觀念化了。

爲什麼說太抽象化了？因爲所謂「西」的具體含義是十分複雜的。從歷史階段看：十九世紀初期和中期的西洋，社會經濟大體上是產業資本主義，競爭經濟；政治上的主潮是民主，尤其是法治，根本上受着自由主義的支配；社會關係的出發點是個人主義，所有權是絕對的，契約是自由的，責任之負擔限於自己故意過失之界限內；道德是主觀的；法律和道德分了家，一切都解放。可是到了十九世紀末，尤其是現代，已成了五花八門：社會經濟雖都不失爲金融資本主義，獨佔經濟，表現的形態却有統制和計劃二種；政治上之顯着的干涉傾向，多數人的福利之重視，雖僅有程度上的不同，大體上也算維持了法治，然而獨裁的獨裁，民主的民主，固已有目共睹，並且獨裁的基礎還有建築於無產階級之上和建築於資產階級之上的差別；至於社會關係，理論上雖都於個人之外發現了社會的存在，然而社會和個人間的關係却有個人爲社會而存在和在社會中承認個人二種不同的見解，各是其是，懸案未決；所有權負擔了義務；契約中的某種主體受了保護，另一方面却被抑制；責任是對社會的；加過失和無責任能力人也要負責；法律和道德又合

流了，一切都向着積極的拘束的方向猛進。總而言之，抽象看來，雖然都是「西」，具體的事實在時間上有十九世紀和廿世紀的不同，在空間上又有英美德法蘇伊等等的懸絕。至於廿世紀的英美德法蘇伊又各自有其年月日時上的差異，也是不可置之度外的事情。究竟把那個空間的「西」？那個時間的「西」作標準來西化？不知陳先生已經確定了沒有？假定已經確定了，那麼不稱爲「西化」，而稱爲何年何月何日何時的美化，英化，德化，法化，伊化或蘇化，似乎適切於當些。假定還沒有認定，那便不能不肯定所謂「西」的內容太空虛了些。這個內容貧乏的「西」，論實論量均不足爲中國西化的標準，似乎不難首肯。

爲什麼說太觀念化了？因爲全盤西化只可求之於觀念上的想像，不能見諸客觀的現實。陳先生的全盤西化論是把觀念當現實——至少是想把觀念當現實。所以說是觀念化了的。拿一件簡單的事情來作例：假定一個中國人，身穿西服，口說西話，吃西餐，讀西書，腦袋裏裝滿了西洋的音識，舉動儀禮和西洋人沒有二樣，再加生長在西洋。這算已盡了西化的最大能事罷！綜合看來，這人已和普通中國人截然不同了。然而還不算全盤西化了。這人的五官百體，五臟六腑，澈頭澈底還是中國人。換句話說，人種沒有變——至多是量變而不是質變。日本明治維新時代，極度自卑之餘，曾經有人主張應該鼓勵日本女性和西洋人亂交，以達改良日本人種之目的。不知陳先生的全盤西化論中也包含了這種成分否？縱使包含在內，混血兒終究是混血兒，還不是「西」，所以還不是一「全盤」，非「全盤」的「西化」就不是「全盤西化」。「全盤」落了空。決定了「全盤」，所以還不是一「全盤」。

九論 成功論 只是一種既反真理又非現實的空想。

假定陳先生說：全盤西化是過程，不是結果。這自不失為一種辯解。可是西洋的文明文化之創造是把西洋的歷史作基礎，西洋人作活動的主體，西洋的事物作工具，西洋的自然和西洋人的社會並思維作對象而形成的過程。中國近代化現代化過程中的工具和對象，假定一概取之於西洋，其奈歷史基礎沒法轉換，主體的多數也還是中國人何？這樣的西化過程難道可說是全盤？

話說回頭，自另一方面看，陳先生的主張決不是單純的主觀的觀念遊戲。陳先生的見解是把百年來的中國歷史社會作背景的。近百年來的中國是次殖民地。這是孫中山先生也承認了的真理。次殖民地的特點第一是沒有獨立自主的，是反自我的；第二是支配中國的「太上國」是多元的——西洋之富而強者都可對中國頤指氣使，中國都會垂首聽命。這二特點反映於意識，形成了陳先生的全盤西化論。陳先生是主張不剩一絲一毫澈底西化的。這正是喪失了獨立自主性或反自我性之模寫。全盤西化論的「西」是沒有特定具體內容的。這又恰是支配中國的太上國之多元性和都在西方二事之寫照。從這個觀點看，陳先生的全盤西化論實在是一種不折不扣的真理。

一面指摘全盤西化論之過於觀念化和抽象之非真理性，同時肯定全盤西化論是真理；這是理論矛盾，也是事實矛盾。理論的矛盾之消滅是把事實的矛盾之解消作前提的。次殖民地地位和民族的中國是這矛盾事實之二極。這二極中之一——獨立自主的民族國之出現於二十世紀是近代世界史賦予中國的權利和義務。這和十九世紀的中國必然淪於次殖民地地位，同一是歷史的造化。反過來，也就是說：中國之次殖民

地地位已經完成了應負的歷史使命，亟應功成身退。再看另一極——次殖民地地位已使中國一切的一切表現着脫節和不自然，一切的一切都形成了折衷的拚合；這中間充滿了矛盾和不調和。且把日常慣見的事實來作例。譬如結髮小脚的女性穿皮鞋，二三十歲以上的婦女結雙辮或繫處女帶，仁丹鬍子的私塾教書先生穿運動鞋，西褲皮鞋套長袍馬褂，寬不盈丈的麻石街道中通過滿載六公噸的汽車破壞了兩邊的屋簷，宴會或娛樂場中到處發現空無所有藉壯觀瞻的公事皮包，以及姨太太穿高跟鞋住洋樓坐汽車，……這些都是次殖民地性的內在矛盾使之然，是次殖民地性自己否定的因素之所在，也是人類理性之所不能堪。目前的現實：對日抗戰是民族的中國之維護，也是次殖民地地位否定之運動。抗戰最後勝利之日是矛盾現象喪失基礎之時，也是陳先生的全盤西化論完全喪失真理性的日子。

陳先生或會說：「你的見解完全錯誤。抗戰中的一切只是更進一步西化，決不是反西化。」不錯，陳先生已經說過了：「在這此抗戰與歐戰的時期裏，反對西洋物質文明的人，固已絕跡。指摘西洋文化的人，也已寥寥無幾。這又不只是表現國人對於西洋化作進一步的認識。而且是對於全盤西化的主張作更進一步的了解。」然而正爲有了這段話，陳先生的主張便已陷入不可救的矛盾之深淵。這種一面意識着抗戰，同時主張全盤西化的矛盾，和一面主張全盤西化，同時承認「並不主張破滅的西化，奴隸式的模倣，而是主張自覺的吸收，採用融化，批判與創造的精神，」並且肯定「西洋文化本身之所以有劇烈的進步，也就是有這些精神，中國文化本身之所以落後，就是缺乏了這些精神」之互相矛盾，如出一轍。陳先生：抗

戰的歷史使命決不止於反所謂「東亞協同體」，決不僅是反「東洋化」或日本化，而是二十世紀民族解放運動的表現。抗戰的動機是民族自覺或民族自我意識。抗戰之實踐——尤其是抗戰最後勝利，只可成爲全盤西化論的致命傷，決不是全盤西化論的進步或深化。陳先生在全盤西化的前提下意識了抗戰，客觀上顯然是表示着：在陳先生的全盤西化論中已經發現了全盤西化論自己否定的先兆。這先兆自然是現實的反映。若從陳先生在標題中把抗戰和西化並提，和認抗戰是西化之深化二重看，陳先生只是直觀的意識了抗戰的現實。不僅沒有自己否定的意思，並且沒有意識着自己矛盾，似乎不待多言而明。

中學爲體西學爲用的見解是不思，甚的結果。先從抽象的體用說。體用間的關係，是表裏間的關係，也是形質間的關係。體和用，表和裏，形和質，其間都保有着內的關聯：用、表、形是體、裏、質的表現；用、表、形一面和體、裏、質是對立的，同時又是體、裏、質的一個屬性。這好像一個人的肉體和精神；肉體一面和精神對立；精神同時又是肉體的表現。特定的體和特定的用之不可分，一面有如別人的精神不能裝進自己的肉體；自己的精神不能裝進別人的肉體；同時亦如別人的精神和別人的肉體以及自己的肉體和自己的精神分離的時候，自己和別人都已不成爲原來的自己或別人。

再從具體的體用看：中體西用論者並沒有真認識體用。他們是主張保存中國的文化，輸入西洋的文明。這實質上是主張西學爲體，中學爲用。冠履倒置，根本不值一笑。退一步說，硬要倒轉真理，將體作用，自亦不妨。只可惜農業之文，載不住工商業之道。縱使承認基因工商業之道之需要，主張在必要限度內

接受工商業之文。然而接受的結果，在農業之文和工商業之文互相衝突的地方如何處置？又不免成爲問題。那時節，若尙農業之文，不僅不能達到西學爲用之目的，抑且爲中體西用論的精神所不許；若尙工商業之文，那便成了西體西用。這和全盤西化論不同之處，僅在主張維持舊道德一點上。張之洞氏一流的作風實和這種主張相接近。然而一切體用都變了，又用什麼妙法單獨維持沒有根的舊道德？本不可——也不能維持而主張要維持，這顯然是清末皇帝統治的現實和清室退位是同其命運的。三民主義的理論之抬頭。不啻將張之洞氏一流的中西用論打進了十八層地獄。永劫不復。

舊瓶新酒論本質上只是直觀的常識談，是一種十分荒唐的見解。酒的體是酒精的成分、甜味和水分的具體結合體；液、固和汽是酒的用之三態。瓶和酒的體用根本沒有關係；瓶之新或舊絲毫不影響酒的形和質。退一步說，承認舊瓶新酒論之所謂瓶就是用，表或形的意思；所謂舊瓶裝新酒就是在舊形式中裝進新實質的意思。這也不免切斷了形式內容間的有機關聯，蹈襲了中體西用論的覆轍。實踐起來，恐怕既難爲了舊瓶，又委屈了新酒；舊瓶新酒，二敗俱傷。在這二不討好中所產生的只有非驢非馬的低級和淺薄，是雜湊之大成，是光怪陸離之奇觀。這除充分反映了現實的次殖民地性，還有什麼意義？在表現民族自覺的抗建思想及其實踐之大時代中，我不相信還有牠的地位和價值。誠然，事實告訴我們：抗建開始後，還有人在犬後方用作改良舊戲之理論，形成有意無意爲麒麟童派的趙如泉一流喝采的局面。然而這是一件滑