

二十世纪中华法学文丛

中国文化与中国法系

陈顾远法律史论集

范忠信 尤陈俊 翟文喆 编校

中国政法大学出版社

二十世纪中华法学文丛

中国文化与中国法系

——陈顾远法律史论集

范忠信 尤陈俊 翟文喆 编校



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国文化与中国法系: 陈顾远法律史论集 / 范忠信等编. —北京:
中国政法大学出版社, 2005.10

ISBN 7-5620-2829-X

I. 中... II. 范... III. 法制史-中国-文集 IV. D929-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 123222 号

书 名 中国文化与中国法系
——陈顾远法律史论集

出 版 人 李传敦

经 销 全国各地新华书店

出版发行 中国政法大学出版社

承 印 固安华明印刷厂

装 订 北京爱德金文装订有限公司

开 本 880×1230 1/32

印 张 19.25

字 数 500 千字

版 本 2006 年 2 月第 1 版 2006 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2829-X/D·2789

定 价 44.00 元 (精装本)

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)

58908285(总编室) 58908334(邮购部)

电子信箱 z5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

项目编辑 张 越 文稿编辑 黄 斌 封面设计 沈 飏

编辑委员会

学术顾问

倪征燠

瞿同祖

芮沐

谢怀栻

潘汉典

沈宗灵

编委

(以姓名拼音为序)

曹建明 陈兴良 陈景良 范忠信

高鸿钧 何勤华 贺卫方 胡旭晟

刘广安 李贵连 梁治平 舒国滢

王健 王文杰 王涌 徐显明

张谷 朱勇

常务编委

范忠信 胡旭晟 王健 张谷 陈景良

二十世纪中华法学文丛

总 序

二十世纪是中华文化经受空前巨大、深刻、剧烈变革的伟大世纪。在百年巨变的烈火中，包括法制文明在内的新的中华文明，如“火凤凰”一般获得新生。

大体上讲，二十世纪是中国法制现代化的世纪。这一个世纪的历程，不仅仅是移植新法、开启民智、会通中西的法制变革的历程，更是整个中华文明走出传统的困局、与世界接轨并获得新生的历程。百年曲折坎坷，百年是非成败、得失利弊，值此新旧世纪交替之际，亟待认真而深刻的反省。这一反省，不仅有助于当代中国法制建设的深入，亦有助于推进新世纪中国民主与法治社会的形成。这一反省，是一项跨世纪的伟大工程。作为这一工程的起始或基础，我们应全面系统地检视、总结二十世纪中华法学全部学术成就，并试图作初步点评。为此，我们特郑重推出“二十世纪中华法学文丛”。

1898年，光绪皇帝接受康有为、梁启超等人建议，实行“新政”。中国法制现代化的事业于此开始萌动，但旋即夭折。四年之后，在内外剧变的巨大压力下，这一事业再次启动。1902年，清廷命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣，设修订法律馆，开始翻译欧

II 总序

美各国法律并拟订中国之刑律、民商律、诉讼律、审判编制法等新型法律。这一年，应视为中国法制现代化的正式开始。自此，中国法律传统开始发生脱胎换骨的变化：以五刑、十恶、八议、官当、刑讯、尊卑良贱有别、行政司法合一为主要特征且“民刑不分，诸法合体”的中国法律传统，在极短时间内仓促退出历史舞台，取而代之的是一个又一个令国人颇感生疏的新式法律体系和法律运作机制。不宁惟是，一套又一套从前被认为“大逆不道”、“不合国情”的法律观念——“民主”、“自由”、“平等”、“法治”、“契约自由”、“无罪推定”、“制约权力”、“权利神圣”等等，随着新型法律制度的推行一起被带给了人民，使人民的心灵深处渐渐发生革命。与此同时，近代意义上的中华法学，亦与“沟通中西法制”的伟大事业相伴而生，渐至发达。出洋学习欧美日本法律成为学子之时尚，法政学堂如雨后春笋，法政期刊杂志百家争鸣，法学著译如火如荼，法学成为中国之“显学”。据不完全统计，仅20世纪上半叶，全国各出版机构出版发行的法律和法学著译及资料，多达六千余种，总印行数多达数百万册。20世纪下半期，“法律虚无主义”一度盛行，为患几近三十余年，中国法律和法学一派凋零。七十年代末以后，国人痛定思痛，重新觉醒，中国又回到法制现代化的正轨，法律和法学重新兴旺和昌盛，法学著译出版再次空前繁荣。据估计，1978年至今，我国法学著译资料的出版多达万种，总印数可能在千万册以上。这期间，不惟基本完成了前人未竟的法制和法学现代化事业，亦开始了向法制和法学更高的境界的迈进。

这一个世纪的法学著译和资料编纂，是中国法律现代化历程的忠实记录，是中华法学界百年耕耘的结晶。从“全盘欧化”、“全盘苏化”的偏失到“中国特色”法制与法学的探索，百年上下求索留下的这份宝贵的学术遗产，值得我们珍惜；即使仅仅作为一部时代的病历，也值得我们借鉴和分析，以期发现和治疗我国法制现代化过程中的常见病症。不幸的是，这份学术遗产，特别是20世

纪上半叶的法学著译资料，现在正面临着悄然毁失的危险。由于印刷技术低下、纸质粗劣、馆藏条件落后，许多法学书籍破旧枯朽，不堪翻阅，有些甚至图文蚀褪无法辨读。加之种种人为的原因，那些汗牛充栋的法学资料长期尘封蛛网，很少有人记起，半个世纪的探索和成就竟被视若虚无。馆藏制度之限制又使借阅者困阻重重。人们常叹：《尚书》、《周易》乃至秦汉野史随处可得，几十年前的法学著译竟一书难求！此种文化“断裂”现象，实有碍于今日中国法律教育和研究事业之正常进行，亦有损于中国法律现代化事业之发达。以上诸端，不仅 20 世纪上半期的书籍如是，本世纪下半期的一些作品亦已经或很快将面临同样的命运。有感于此，我们遂有整理本世纪中华法学遗产之愿望及筹划，不意与中国政法大学出版社之设想不谋而合，是以有“二十世纪中华法学文丛”之选印。

本“文丛”选印的书籍或选编的论文，纵贯二十世纪始终。凡能代表本世纪不同时期法律学术水平、法制特色，有较大影响且为当今中国法学教育研究所需要者，均在选印之列。即使是五十至七十年代间特定背景下的法律和法学作品，只要有历史文献价值，亦可收入。在选印的顺序上，大致由远及近，优先选印上半个世纪的著译资料。目前选印编辑的重点是本世纪前半期作品。本世纪后半期的法学成就，拟在以后条件成熟时再行整理。选本范围将不局限于内地学者的作品，还将涉及五十年代以后台湾、香港地区和海外华人学者的法学作品，因为他们的成就也是二十世纪中华法学不可忽视的一部分。除曾正式出版的单本著译外，还将汇聚若干法学家的个人文集，或重新编辑本世纪各个不同时期的法规、案例及习惯调查资料。不过，凡近二十年间已为各出版机构再版的法学著作、译作，原则上不再选印。

为了保证选本的权威性、准确性，我们特聘请了六位 20 世纪上半叶即涉足法学或司法工作的前辈学者出任顾问。老先生们不顾古稀耄耋之年，亲自批点方案、确定书目、选择版本，并以口头或

IV 总 序

书面的方式提出了许多宝贵的意见。幸赖于此，我们的计划才得以顺利进行。

本“文丛”之选印，旨在集二十世纪中华法学之大成。为体现历史真实，我们将恪守“尊重原作”的原则，不作内容上的任何更动。即使有个别观点与今日不符，亦予以保留。作为不同时期的特殊历史记录，保持原貌更有利于比较和借鉴。为了使读者对每本书的作者及该书的学术地位等有一个必要的背景了解，我们特约请法学界一些学者为各书撰写关于其人其书的专文，置于书前。除此之外，我们所做的纯粹是一些技术性工作，如纠正原作的排印错误，注明原书所引事实、数据、名称之错误等等。为方便起见，可能将同一法学家的数个单行著作合而为一，也可能将原合印在一起的不同著作分开重印，还可能将当时或今日学人对其书或其人的有关评论或有关的图表、法规资料选附于书后。总之，尽可能使其全面、完整。

本“文丛”的选编校勘，是一项看似简单实则复杂艰难的工作，需要相当的学养和责任心。我们虽兢兢业业，如临深履薄，但仍难免疏漏。恳请各界朋友批评指正。除此之外，还期待学界朋友推荐符合本“文丛”宗旨的法学著译资料，与我们共同完成这一跨世纪工程。

谨以本“文丛”献给中国法制现代化事业，献给中国民主法治的新世纪！

二十世纪中华法学文丛

编委会 谨识

1997年7月于北京

二十世纪中华法学文丛

凡 例

一、本文丛系有选择地整理二十世纪的法学经典文献，不作任何有损原意的改动，仅作适当的技术性加工。

二、原书为竖排版者一律改为横排。原文“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等等。

三、原书繁体字一律改为简体。个别若作改动会有损原意之，则予以保留。另加注说明。

四、原书无标点符号或标点符号使用不规范者，一律代之以新式标点符号。

五、原书无段落划分者，适当划分段落。

六、原书所用专有名称、专门术语（特别是外国人名、地名、书名之译名及学科名称）今日有更通用统一提法者，酌加改动或注明。

七、原书引用之事实、数字、书目、名称（包括人名、地名）及其他材料确有错误者，酌加改动，并加注说明。

八、原书排字确有错误，当时未能校出者，酌加改正，并加注说明。

九、个别特别重要的著译，酌于书后附上新编之名词索引。

十、原书某些附录确无保留必要者，不再编入，但加注说明。

陈顾远先生对中国法律史 学术的出色贡献

(代序)

范忠信

近七十年来，研习中国法制史者，大概没有人能绕开陈顾远先生。早在民国后期，他就著述颇丰，初露头角；在 1950 年代至 1980 年代的台湾地区，他的中国法制史著述教材，为研习法律或司法考试者所必读；在改革开放后的大陆，他也影响了许多人。研习法律史者，若不知陈顾远，不能不为同侪所笑。

陈顾远先生巨大的影响力，源于他对中国法律史学术的突出贡献。

我认识陈顾远先生，是在二十多年前。1982 年，我在西南政法学院上大二时，对法律史发生了浓厚的兴趣。于是频频拜访著名法律史学者张警先生、杨景凡先生，以及刚刚研究生毕业留校任教的俞荣根老师，求教读书方法及治法律史之道。交谈中，他们要我多读民国时期以及台湾地区出版的法律史著作，屡屡提到了陈顾远先生。不久，我在重庆市中区的外文书店里买到了影印版的陈顾远《中国法制史概要》一书（与此同时还购买了戴炎辉的《中国法制史概要》、张金鉴的《中国法制史概要》、林咏荣的《中国法制史》、徐道邻的《中国法制史论集》），开始了逐渐认识陈顾远先生法律史学术成就的历程。

十五年过后，1997 年秋，当胡旭晟、王健和我与中国政法大学出版社合意编辑出版《二十世纪中华法学文丛》总结上一世纪的法学成就之时，我们马上想到了陈顾远。我们老早就想对陈顾远先生的法史学著述进行全面整理汇编，但由于种种原因一直拖延下来，直到今天方得暇完成此事。关于陈顾远的法史学成就，法史界很多人的了解，大概不出《中国法制史概要》、《中国婚姻史》、《中国文化与中国法系》等三本书的范围。因此，我们感到编辑一本《陈顾远法律史论集》，比较全面地展现先生的法史学成就，很有必要。

（一）

陈顾远先生，字晴皋，1896 年出生于陕西三原。中小学时即受同乡于右任先生影响，与同学们组织“警钟学社”，宣传新知和革命；辛亥革命年加入同盟会三原支部，1915 年参加西安反袁（世凯）逐陆（建章）暴动，几遭捕杀。1916 年，考入北京大学预科，1919 年升入本科，攻读政治学；其间参加五四爱国运动。1920 年 1 月，与北京大学学生易家钺、郭梦良、朱谦之等共同编辑出版《奋斗》旬刊（4 月 30 日停刊，共出 9 期），又与郭梦良、费觉天等人创办《评论之评论》季刊（共出 4 期）。〔1〕1920 年 12 月，李大钊等人创办北京大学社会主义研究会，陈顾远和郭梦良以“奋斗社”成员身份列名为 8 位发起人之一。〔2〕在北大攻读期间，

〔1〕 郭廷以《中华民国史事日志》（1920 - 中华民国九年庚申），转引自《孤独书斋·电子书库》（www.cngdsz.net/book/bookcontent_show.asp?typeid=4&bookid=371&contentid=8964-95k）。

〔2〕 《北京大学日刊》1920 年 12 月 4 日，《五四时期的社团（二）》辑录，三联书店 1979 年版，第 292 页。

陈顾远还参加了1920年的文官考试，以优等中试，分发平政院为候补书记官，旋为农商部秘书处帮办。1922年加入国民党。1923年自北京大学毕业，获法学学士学位，并留北大政治学系任助教；同时兼在北平中国大学、平民大学等私立大学授课。1923年毕业之际，曾与同学邓鸿业、王和畅等人组织“北大政治考察团”，赴广州晋谒孙中山先生，获接见并面聆三民主义要旨。旋回北大，任助教之余兼任上海《民国日报》和《东三省民报》等报刊地下记者或撰稿人，从事反军阀革命活动，为国民革命军第二军创办国民通讯社。1926年，张作霖率奉军入北平，先生被通缉，乃携妻子避难上海，任教于上海法科大学（上海法学院）。1928年到南京任审计院长于右任之机要秘书，年余即随于氏去职而返上海。1930年安徽省立安徽大学正式命名，先生被杨亮功校长聘为法学院（院长张慰慈）法律系主任。^{〔3〕}1932年改任国民党中央党部民众运动指导委员会特种委员及办公室主任。1935年以专家身份被聘为（训政）立法院立法委员（第四届），此后一直长期从事立法议政工作。1937年随国民政府迁重庆，公务之余在复旦大学（北碚北温泉）、朝阳学院和法官训练所（兴隆场）、中央政治学校（南温泉）、高等警官学校（弹子石）、立信专科学校（北碚）等大学兼授法学课程。抗战胜利复员后，1946年以国民党代表身份出席南京“制宪”国民大会。1947年初回原籍陕西竞选，当选（行宪）立法院立法委员，国民党中央评议委员会委员。此后专事立法委员工作，并在中央大学、上海法学院等校兼授法学课程。1949年随国民党政府迁台，继续任立法委员和中央评议委员，并为台湾大学、政治大学、中国文化大学、东吴大学、中兴大学等校兼任教

〔3〕 据台湾《中华百科全书》“大学”卷“安徽大学”条 living. pccu. edu. tw/chinese/index. asp（中国文化大学网站）。该书系1982年由台湾商务印书馆组织编写。

授。其间还曾兼职律师，1963年在“立法委员”胡秋原状告作家李敖诽谤案中，被聘为原告辩护律师（据李敖说，在庭审中陈先生反过来为李敖“说好话”，气得胡秋原马上解聘）。〔4〕1981年病逝于台北，享年85岁。

综观陈先生一生，可知他以两种身份行世：为大学专任或兼任教师55年（陈先生自计受业弟子达三万人），为民意代表（立法委员）45年。这两种身份结合使他成为一个杰出的法学家。〔5〕

早在北京大学本科攻读期间，陈顾远曾受教于著名法律史学者程树德，研究历代律例与刑名。其间还撰写了《孟子政治哲学》、《墨子政治哲学》、《地方自治通论》等三本专著，于1920—1923年由上海泰东书局出版。其本科毕业论文《中国古代婚姻史》，1925年由商务印书馆出版。此后数十年间，陈氏广泛涉猎法学、政治学、历史学的许多领域，在讲授相应课程或从事相应立法工作之余，撰写和出版了《中国国际法溯源》、《中国法制史》、《中国法制史概要》、《国际私法总论》、《国际私法本论》、《海商法要义》、《商事法》、《土地法实用》、《保险法概论》、《民法亲属实用》、《民法继承实用》、《立法要旨》、《立法程序之研究》、《中国婚姻史》、《中国政治思想史绪论》、《政治学》、《中国文化与中国法系》等著作或教材三十余种，发表论文数十篇。这些著述在民国时期和1950年代以后台湾地区的学术教育界发生了重大影响，其中《中国法制史》（1934，商务印书馆）和《中国法制史概要》（1964，台湾三民书局）成为民国时期的大陆和后来的台湾地区中国法制史主要教科书；《中国法制史》（1934，商务）、《中国婚姻

〔4〕《李敖回忆录》之八，《文献会（时期）》（1962—1963），中国友谊出版公司2004年版。

〔5〕关于陈顾远先生的生平，除有特别注明者外，信息均来自陈顾远先生自著《回顾与远瞻——八十述怀》；和查良鉴《陈顾远文集序》。载《陈顾远法律论文集》上册，台北联经出版事业公司1982年版，卷首。

史》（1936，商务）两书，被日人翻译为日文，于1939和1940年在东京岩波书店和山本书店出版，为中国学者的法制史著作最早被翻译为日文在东洋传播者，为日本学者所重。

1975年，陈顾远先生80寿辰（实岁79）之际，友人弟子合议发起祝寿活动，并编辑《双晴室法律文章选集》以为纪念。陈先生本人亦亲撰《回顾与远瞻——八十述怀》以为序。但时值蒋介石去世之所谓“国丧”，寿庆活动被迫取消，文集出版亦一拖再拖，直至1982年即陈先生逝世次年始为联经出版事业公司印行，更名为《陈顾远法律论文集》（上、下）。这是陈顾远先生最后出版的一部著作，汇集了先生在台湾30多年间发表的法律学术论文。^{〔6〕}

（二）

陈顾远先生对中国法律史学术的出色贡献，我认为可以从五个方面加以认识。

第一，从中国传统政治哲学研究转入中国法制史探索，宏观且相当准确地把握了中华法系的基本精神特质，较早从固有法系与固有文化内在关系的角度认识中国法制史，有着出色的造诣。

关于中国法系的基本精神，陈顾远先生很早就作出了相当出色的探索。早在抗战前夕，先生就在《中华法学杂志》发表了《儒

〔6〕 先生在大陆时期发表的学术论文基本未收入，如在《中华法学杂志》发表的《儒家法学与中国固有法系之关系》、《家族制度与中国固有法系之关系》、《天道观念与中国固有法系之关系》、《周礼所述之司法制度》等文（分别载该杂志1936—1937年各期），即未收入。估计是因为该几文的内容都已融入迁台后编写的《中国法制史》教材或新的论文（如《我国家族制度之史的观察》等）之中，被认为不必收入。

家法学与中国固有法系之关系》、《家族制度与中国固有法系之关系》、《天道观念与中国固有法系之关系》等三篇长文，对儒家思想、家族制度和天道观念影响中国法系所形成的精神特征进行了较深的探索。在1934年商务版《中国法制史》中，先生又列《中国法制之质的问题》专章，分为“中国法制与儒家思想”、“中国法制与家族制度”、“中国法制与阶级问题”等三个专题，宏观探讨了中国法制传统的基本特征。在1964年三民版《中国法制史概要》中，先生又列《固有法系》专章，分别宏观探讨了“中国固有法系之存在”、“中国固有法系之形成”、“中国固有法系之特征”等三个问题。在这些研究的基础上，先生于1969年出版了《中国文化与中国法系》一书。这是先生关于中国法系基本精神研究成果的汇集。该书收录了先生于50和60年代发表的《从中国文化本位上论中国法制及其形成发展并予以重新评价》、《从中国法制史上看中国文化的四大精神》、《中国固有法系之简要造像》、《中国政制史上的民本思想》、《中国现行法制之史的观察》、《中华法系之回顾及其前瞻》等关于中华法系宏观研究的论文。

先生对中国法系与中国文化的关系以及中国法系基本精神和特征的深刻认识，在《中国文化与中国法系》一书中体现得淋漓尽致。在该书的《中国固有法系之简要造像》一文中，先生将中国法系的特质总结为六，即：“中国固有法系之神采为人文主义，并具有自然法之意念”、“中国固有法系之资质为义务本位，并具有社会本位之色彩”、“中国固有法系之容貌为礼教中心，并具有仁道恕道之光芒”、“中国固有法系之筋脉为家族观点，并具有尊卑歧视之情景”、“中国固有法系之胸襟为弥讼至上，并具有扶弱抑强之设想”、“中国固有法系之心愿为审断负责，并具有灵活运用之倾向”。这实际上是对儒家文化与中国固有法系的内在关系或儒家思想对中国固有法系的决定性影响的六个方面具体表现作了相当准确的归纳和阐明。在该书的《从中国法制史上看中国文化的四

大精神》一文中，先生又将中国法系的基本精神总结为四，即：“天下为公的人文主义”、“互负义务的伦理基础”、“亲亲仁民的家族观点”、“扶弱抑强的民本思想”。在该书的《从中国文化本位上论中国法制及其形成发展并予以重新评价》一文中，先生又总结了中国传统法制的六大基本价值倾向，即：“因义务本位而无民法法典之存在”、“因礼教中心而有天下为公之趋向”、“因民本思想而无民权制度之存在”、“因开明君权而有保育政策之立法”、“因家族制度而无个人地位之尊重”、“因泛文主义而有灵活运用之效果”。

综观先生对中国法系精神和特质的探究，我们可以发现：先生是较早真正领悟“儒家法学”之人。正因为领悟了“儒家法学”，先生才能高屋建瓴地把握中国法系的特质和精神。在先生看来，儒家的“礼教中心”、“义务本位”、“家族观点（观念）”、“崇尚仁恕”等等主义或价值倾向，正同时也是中华法系的精神和特质，贯穿了中国历代法律制度。先生较早地认识到，儒家法学是极少直接讨论律令刑罚狱讼问题的法学，是关注法律与人生、法律与自然、法律与社会等根本关系原理及规律问题的法学，有些象古代西方的自然法学理论，因此先生称儒家为“世界最古的自然法学派”。先生说：

纵然承认法家的地位存在，但中国法学的发轫，绝非法家所独占。……儒法两家的立场都是要尽人事而求治平，所不同者一用柔道，一用刚道；一尚王道，一尚霸道罢了。柔道的表现为礼，可说是世界最古的自然法学派了。刚道的表现为刑，可说是历史最远的命令法学派了。儒家重礼，礼乃无文字的信条，追溯今日政事法、民事法于古代，舍“礼”莫求；同时儒家也不否认刑的价值，仅在不得已时而用之，所谓“刑法者，所以威不行德法者也”。法家重刑，刑乃威吓的手段，而以信赏必罚为策：徙木可以示信，偶语即能弃市，步过六尺者有罚，弃灰于道者受刑。法为神圣，人为草