

中國人文科學叢刊

中國法律之批判

蔡 樞 衡 著

正中書局印行



版權所有
翻印必究

中華民國三十一年一月渝初版
中華民國三十六年一月滬一版

中國人文
學社叢刊

中國法律之批判

全一冊 定價國幣一元六角

(外埠酌加運費匯費)

編	著	者	蔡	樞	衡
發	行	人	吳	秉	常
印	刷	所	正	中	書
發	行	所	正	中	書
局					

(1474)

中國人文科學社叢刊總序

宇宙間的現象，可大別爲自然現象與人文現象。近代自然科學崛起，因其研究對象之單純具體而可實驗，發展一日千里。人文現象則錯綜複雜時在變遷而不易控制，故人文科學之發展，不免落後，循至人類已漸漸征服自然，而人類本身問題反日趨複雜尚未能得合理解決。因此人文現象之科學的研究，已漸被重視，有的學者且謂二十世紀應爲人文科學的世紀。

本學社爲專攻人文科學多年之同道所組織的純粹學術性質的團體，以共同研究並積極提倡人文科學爲宗旨。因鑑於社會的需要，決定編輯叢書與叢刊，凡長篇的學術專著，列爲叢書，短篇的通俗著作，則以叢刊名義出版。

叢刊內容以切合時代需要爲原則，根據學術立場，運用通俗體裁，討論中外政治、經濟、社會、法律、教育、文學、哲學、地理、歷史等問題，並介紹現代人文學術的思潮。本叢刊的作者，大都是大學的教授或研究機關的研究指導者。這些小冊，雖不敢自翺爲某項問題的權威，不過至少是積累多年研究的心得，分別就各該問題作一科學的分析和探討，

中國法律之批判

而並非僅憑直覺和常識的判斷，率爾操觚。本社同人敢以拋磚引玉的精神，將這些叢刊陸續貢獻於學術界和一般讀者之前，尚祈不吝教正，幸甚！

中國人文科學社叢刊編輯委員會

吳文暉（常務委員）

李卓敏

錢清廉（常務委員）

章從序

徐宗士（常務委員）

黃正銘

劉鴻萬

韓德章

戴世光

于望德

傅樂夫

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。

「開發中國固有文化」。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「開發」。雖然「開發」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，開發似乎不如含有選擇性和進步性的批判，比較容易發現真理，更有助長文化，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。這大概是因為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，視線的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都被忽略了。

「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

第一 法哲學及法史學上的二大問題

三十年來的中國法和中國法的歷史脫了節；和中國社會的現實也不適合。這是若干法學人士所最感煩悶的所在，也是中國法史學和法哲學上待決的懸案。

在法學言論式微的昆明論壇上，年來圍繞這個問題的意見，雖可舉出羅文幹教授的西洋法律之輸入（二十八年一月二十九日昆明益世報星期論文），作者的西洋法律的輸入（今日評論一卷十期），陸季蕃教授的法律之中國本位化（今日評論二卷二十五期）等三篇，也只有這三篇。至於羅文幹教授的說風氣（二十八年三月十九日雲南日報星期論文）作者的舊道德與新法律之矛盾及其歸宿（二十八年四月二日雲南日報星期論文），又人治禮治與法治（二十八年七月九日雲南日報星期論文）前途有望的法學青年朱正君的對中國法學的希望（今日評論三卷四期），和賀祖斌君的民生史觀法學理論之體系的商榷（青年公論第六期）等五篇，要說是有關係的文章，也可認為有關係。

這種現象所給予我們的感想，第一是數量太少。若再把內容加以檢討，結果是：羅教授的西洋法律之輸入是一篇純粹站在常識觀點敘述事實的文章，自己並沒有說多少話。說

風氣和這問題有關係的地方是主張法律道德合一的見解。作者的西洋法律的輸入中勉強算是說明了：（一）中國舊律的精神不是中國獨有的；（二）中國的新法律也不應該是西洋獨有的；（三）中國由舊律變為新法律是必然的，和（四）中國的新法律已經成了中國的法律等四句話。舊道德與新法律之矛盾及其歸宿中簡單的指出了舊道德和新法律二相背反；道備為法律所決定；和殖民地身分障礙着新法律改造舊道德三點。人治禮治與法治中指出了人治禮治均為法治所克服，高調法治之一元性。陸教授的文章大體上和作者有共同的地方，也是站在另一立場的呼聲。他並且指出了：「我們應當使新舊法混然一體，造成化合狀態，不能分解，完全成為新中國自己的法律」。朱、賀二君都是企圖或要求建設新法學，實在是時代應有的反映。雖然文章中顯示着：自己所提出的問題並不是自己所能解決，呈現能力和企求間不調和的不自然現象，假使知道他們還只是大學在學的青年（當時二君都在西南聯合大學法律系肄業），也許看見他能提出這類問題就會感到某種滿足。不過，就事論事，總括看來，上述二個歷史課題，這八篇文章雖或從正面提出和解答，或從側面保持着某種關聯，對於問題的總解答不單是量不夠多，連我的文章在內，縱使不認為質不夠深，祇少也是理論過程談不到嚴密，並且問題和答覆的輪廓也都不完全。

問題大得可怕，而討論的量小質微又足驚人。這不能不說是一種矛盾現象。不過現象雖然矛盾，事實卻是必然的。中國討論變法和實行變法，都遠在三十年前。三十年前的中

國和三十年來的中國雖然大不相同，但仍不妨認為沒有質的變化。因此法律和社會不適合的具體情形，今昔雖然不同，在不適合這一點上，今昔都成問題則一。換句話說，現在也祇是覺得不合適，當時便已看出了不合適。至於和歷史不聯接或脫節的問題也是從討論變法的時候，客觀上即已存在的問題。討論變法和實行變法當時，沈家本派和反沈家本派的對立，便是把不適合問題作出發點產生出來的二大陣營。中國當時接受西洋近代的和現代的新法律，算是反沈家本派的國情論失敗的表現，也是沈家本派的政策論勝利的記錄。三十年來的中國法律，法學和法學人士，大體上都是這種勝利記錄的繼承和擁護者。只要後起的反沈派人士提不出新理由，在大多數法學人士眼光中，法律和歷史不聯接，和社會不適合，只是二個不成問題的問題。所以問題雖大，討論會少。

法律和社會不適合，和歷史不聯接。這二問題一面雖被多數人給取消了。同時法律和歷史不聯接的認識卻又早給若干史料家在不知不覺中鑄成了鐵案。在法制史料家眼光中，三十年來的法律和三十年前的法律脫了節。他們的看法很是稀奇。他們不說新法和舊律在形式和內容上都沒有關聯可尋，因此認為脫了節；他們常常舍近圖遠，去從以前的法律道德合一，現在的法律道德分立，西洋勢力的侵入等等肯定新法和舊律聯不起來。這種看法，除法制史的著作外，並且還有相當廣大的社會勢力——這勢力形成的原因和認為脫節的法制史書籍的中毒有無因果關係，暫且不提。假使有人能把三十年來站在這個立場及反

對新法或批評新法的言論收集無遺，相信必有相當數量。也許因為肯定有聯接的法制史著作一本沒有，指出不適合原因之所在的文章一篇沒有，遂致凡遇有人豎起由肯定不適合不聯接進而懷疑新法的旗幟，立刻就會有意料之外的多數人來幫助喊吶助勢。

不適合和不聯接，理論上是一個問題之二面，應合而不可分。事實上卻給二種見解不同的人各作一面的答案。假使我們把三十年來和沈家本派的意見大體相同的一羣叫作沈派；相反的一羣叫作反沈派。那麼，這個問題不可分的二面，顯然給沈派和反沈派生硬分割，各作一面的工夫，各保一面的勝利。這自問題本身看，固然使人哭笑不得。自沈派和反沈派的觀點看，也是二派各自不可救藥的致命傷。問題的真正解答需要站在第三個立場。第三立場解答問題之成功，同時也是沈派和反沈派二者的揚棄。若說沈派和反沈派各自抓住問題之一面而放棄一面，本質上是各自內在矛盾之必然表現，則我們對於沈派和反沈派之認識和批判實為正確解答問題之先決條件。

第二 沈家本派及其反對派批判

事實告訴我們：沈派取消了新法和社會不適合這問題；反沈派卻肯定了新法和法律更不聯接是反映客觀現實的真理。問題的取消決不是問題的解答。反沈派肯定不聯接是真理，究比單純取消問題的辦法高明一籌。適合不適合是事實問題。聯接不聯接是事實問題，也是理論問題。理論可以歪曲，並且可用常識來代替。純粹的事實卻無法變更。因此，反沈派的處境顯然較沈派有利。沈派取消問題的態度，完全是意識或無意識把新法律是現行有效的法律一點作唯一靠山的表現，也就是所謂以力服人者。不適合的事實擺在面前，尤其是在無條件高調經驗之真理性的中年以上的長老，不易漠視事實，因而容易成為反沈派的健者。另一面，沈派對於脫節的看法雖期期以為不可，而說不出理由。兼之，中國法制史領域還是一片未曾調查測量的礦山或新大陸。不知不覺竟有人自其中來，言之成理，一般人自然免不了沒有判斷的標準，結果只有因宣傳中毒而動搖或投降。所以整個說來，沈派的人數雖多，事勢卻十分不利。

來勢雖不利於沈派，數十年來的立法政策不問在積極方面或消極方面，都是一貫的支

持沈派的立場。反沈派的見解始終不得意於立法政策。國府定都南京後尤甚於北政府時代。數十年來，和沈家本同時的董康氏，遇有機會，即便站在反沈派的立場作主張。然而絲毫不曾發生作用。新刑法修訂的時候，羅文幹教授曾在部長地位主張恢復流利。也沒曾實現。就是沈家本時代反沈派碩果僅存的戰利品——在刑法方面表現容納反沈派見解的暫行章程，及其以後的暫行條例，也在這時候失了足。在積極方面，各種法規制定和修訂的指導原理都是很新穎的思想和學說的結晶。這從立法院前任胡院長和現任孫院長迭次關於新法規的立法主義和精神的說明中，或各法訂定的原則和修正的旨趣書中，都可以看出來。沈派關於各法規的解釋適用，只要抓住了立法旨趣，立法例和解釋的學說，就很可能可以對付。雖然十之八九的法學著作都顯示着法和社會，法和哲學的脫節，法學的科學性之不顯明，充其量祇算成功了政治或立法政策的法律學，遺棄了法學的哲學性和社會科學性；但在對付反沈派的觀點是足夠了的。不過，若要追根溯源，想把握變法政策或立法政策立定的本質，那便不能不承認是中華民族在國際政治上——尤其是經濟上喪失了獨立自主性的結果。所以，民族自我意識之欠缺算是沈派先天的缺憾。

數十年來，反沈派對於新法的反感可算是民族自我意識或民族自覺的表現。中國社會發展階段之晝分和外力侵入以前的中國社會究竟是怎樣一個社會？雖然社會史家、經濟史家間曾經論戰過，至今也還是言人人殊。但若認為是一個家庭工業相當發達，而產業革命

沒有開始的社會，大概沒有什麼不可。如果這種假定不錯，大體上可以說：當時的中國社會還是農業社會。但是，在我們變法之前，別人已由產業資本主義進到了金融資本主義的階段。自社會發展的過程說：繼農業社會而起的是產業資本主義社會。從而我們所應該實現的也祇是產業資本主義社會，而不是金融資本主義社會。不過，十九世紀末葉的世界已經是金融資本主義的世界。我們在二十世紀接受二十世紀新穎的法制，自然也只會和團體主義色彩濃厚的德國法接近，而不能和體現個人主義精神的法國法同其特色。這在客觀環境上是當然的。換句話說，在環境已是團體主義法制擡頭的時代，不容許接受個人主義時代的法律，譬如在帝國主義的環境中不容許產業資本主義單獨存在或實現。這是同樣的道理。但這在中國主觀的觀點是十分不妥當的。因為農業社會接受金融資本主義的法律，結果祇落得二重不適合——農業社會和資本主義社會規範間之不適合，農業社會和金融資本主義社會規範間之不適合。反沈派主唱不適合，自然是站在農業社會立場的呼聲，也就是民族自我意識或民族自覺的表現。

反沈派的呼聲雖然是民族自覺的呼吸或民族自我意識的表現，可是，反沈派的認識中同時又包藏着不自覺或反自我的成分。他們的注意祇集中在歷史，而忽略了現實。假使他們留意到歷史和現實各異範疇，他們會不單是看見有大部分人過着農業生活，並且可以看出這一部分人的農業生活，以海禁大開為楔機，前後有着截然不同的性質。不單是可以看

出不同的性質，並可知道這種特殊的性質和列強國內的農業在各自國內的地位，也是互不相同的。只要他們的認識不過分機械化，還會知道中國的農業不是自給自足的農業，也不是獨立自主的農業，而是外國工業原料的供給者，過剩商品的消費者，和過剩資本的接受者。全中國人都是把農業生產的收入作工商業社會消費的貧人。中國農業就是這樣通過原料的供給，過剩商品和過剩資本消化的機能，獲得所謂國際經濟一環的作用，同時降作了列強的殖民地。所以，客觀真理所告訴我們的是：近百年來的中國民族是殖民地性的民族；近百年來的民族自我，是殖民地性的民族自我。三十年來的中國法制也就是反映這種殖民地性質的法制史。三十年來的中國法制失去固有的獨立自主性正是民族失去獨立自主性的反映。三十年來的中國法制不是農業社會的法制，正爲的是支配中國社會經濟組織的不是中國農業，而是外國的工商業。獨立自主的民族固然是民族自我存在之一形態；殖民地性質的民族也是民族自我存在之另一形態：前者是一般的、原則的、常態的；後者是特殊的，例外的，變態的。獨立自主的民族是中國民族過去之歷史；失去獨立自主的形態是中國民族的現實。反沈派把歷史當作現實。結果算是自覺，也是不自覺；算是意識着自我，同時又沒有把握住自我。

反沈派不僅在自我意識中包含着反自我的成分，就是視野方面也顯示着不完全。反沈派的視野祇限於農業社會，而遺漏了民族的工商業。假使他們的視野和客觀現實同範圍，