



中华法系论辑

(1980~2016)

张晋藩◎著



中国政法大学出版社



中华法系论辑

(1980~2016)

张晋藩◎著



中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中华法系论辑:1980~2016/张晋藩著. —北京:中国政法大学出版社, 2018. 12
ISBN 978-7-5620-8036-7

I. ①中… II. ①张… III. ①法系—中国—文集 IV. ①D909. 2-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第256430号

- 书 名 中华法系论辑（1980~2016）
ZHONGHUA FAXI LUNJI
- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮 箱 fadapress@163.com
- 网 址 <http://www.cuplpress.com>（网络实名：中国政法大学出版社）
- 电 话 010-58908466（第七编辑部） 58908334（邮购部）
- 承 印 北京中科印刷有限公司
- 开 本 720mm×960mm 1/16
- 印 张 28
- 字 数 405 千字
- 版 次 2018 年 12 月第 1 版
- 印 次 2018 年 12 月第 1 次印刷
- 定 价 120.00 元





序 言

1884年日本学者穗积陈重在《法学协会杂志》第1卷第5号发表了《论法律五大家族之说》的论文，就是按照各国法律的传统与相似性分为“印度法族、中国法族、回回法族、英国法族、罗马法族”。此文开启了世界法学家研究“法系”的先河。

此后，西方比较法学者又将世界法系划分为“七大法系”或“十六法系”，等等。但无论学者们怎样划分世界法系，历史悠久而又从未中断的中华法系都是不可或缺的组成部分。西方学者关于法系的论说对中国学者很有影响。

1895年“戊戌变法”失败以后，梁启超亡命日本。他一方面关注时局，密切注意日俄战争以后国内宪政思潮的兴起与立宪运动的展开；另一方面，又潜心学习日本出版的法学著作，并于1904~1905年间撰写了一系列法学论文，其中有《中国法理学发达史》《论中国成文法编制之严格得失》两篇文章，第一次从中国学者的角度提出了法系问题。他说，“近世法学者称世界四法系，而吾国与居一焉，其余诸法系，或发生蚤于我，而久已中绝；或今方盛行，而导源甚近。然则我之法系，其最足以自豪于世界也。夫深山大泽，龙蛇生焉，我以数万万神圣之国民，建数千年绵延之帝国，其能有独立伟大之法系，宜也”〔1〕。他还论及中华法系对周边国家的影响，说“故高丽、日本、

〔1〕 范忠信选编：《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社2000年版，第69页。

安南诸国，皆以彼时代继受我之法系”^{〔1〕}。梁启超关于中华法系的见解影响了民国时期一代的法学家。

中华民国时期，出现了一批热衷于研究中华法系的法学家，其中以杨鸿烈、丁元普、程树德、陈顾远为代表。他们在日本侵略者不断深入侵华，中华民族面临严重危机的时刻，以赞美中华法系、复兴中华法系的呐喊，希图唤起国人的民族自豪感、自信心，奋起御敌于国门之外。他们梳理了庞杂的中国法制史料，分析了中华法系的特点，并论述了中华法系的世界地位，他们的学术贡献为梁启超的中华法系论做了具体的注脚，也为继起的中华法系研究莫下了重要的基础。

中华人民共和国成立初期，关于中华法系的研究陷于停顿。直到20世纪80年代，凭借思想解放的学术氛围，有关研究中华法系的论文才又出现在学术论坛上。

我从1980年开始研究和撰著中华法系的论文，迄今30余年，一直没有中辍。研究问题的角度不断转换，认识的水准也逐渐有所深化。90年代，我提出“重塑中华法系”的命题，意在使当代的法治理论体系与传统法文化中的精粹相契合，从而构建中国特色法系。同时我也强调重塑的中华法系绝不是复旧，而是创新；绝不是闭关自守，而是吸取世界先进的法文化。

最近，我把我的思路进一步整理，提出“传承法律文化，重构中华法系”的主张，进一步明确重构的中华法系就是当代的社会主义法系。它立足于中国，使优秀的传统法文化与当代的法制建设对接，形成具有中国特色的创新型的中国法律文化；它不是恢复传统的中华法系，而是建设中国特色的社会主义新法系；它不是排他的，而是海纳百川，吸收一切可以为我所用的世界优秀的法文化。研究中华法系的目的不是单纯的学术目的，而是如何丰富完善当前的法治中国建设。法国

〔1〕 范忠信选编：《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社2000年版，第147页。

学者达维德在 1978 年撰写的《当代主要法律体系》中将世界法系分为三大法系：罗马-德意志法系、英国法系和社会主义法系。^{〔1〕}西方学者尚有此论断，我们作为社会主义中国的法学家更该理直气壮地宣布：我们正在建设中国特色社会主义法系！如果说过去传统的中华法系成为世界公认的五大法系之一，我们今天就更有责任建设中国特色社会主义法系，使它雄踞于世界法系之林。

在中国政法大学出版社将我历年有关中华法系的论文辑录成书之际，谨以以上寥寥数语，作为序。

张晋藩

2018 年 11 月 1 日

〔1〕〔法〕勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译（本书根据作者 1978 年英文版原著译），上海译文出版社 1984 年版，第 24 页。

目 录

第一编 中华民国时期关于中华法系研究概况



中华民国时期中华法系研究成果综述	/ 3
------------------	-----

第二编 中华法系研究综论

——改革开放以来我对中华法系研究的历程



中华法系特点探源	/ 65
中华法系的地位、特点与形成的社会历史条件	/ 78
再论中华法系的若干问题	/ 84
中华法系特点再议	/ 100
中华法系综论	/ 111
中华法系的回顾与前瞻	/ 119
中华法系与外国法系的区别——礼	/ 134
德法互补互用，中华法系的精髓	/ 159
中华法系与独树一帜的中华法文化	/ 164
人本主义——中华法系的核心价值	/ 174

重民固本，中华法系的政治诉求	/ 183
中华法系的构成元素——监察法	/ 200
体现中华法系先进性的司法文明	/ 258
研究中华法系，弘扬法文化的民族精神	/ 277
解读中华法系的密码：法文化的民族精神	/ 299
中华法系与司法文明	/ 316

第三编 中华民族的伟大复兴与中华法系的重塑



重塑中华法系的几点思考	/ 397
中华民族伟大复兴与重塑中华法系	/ 404
中华法系的价值与重塑中华法系的思考	/ 411
传统中华法系的终结	/ 418

中华法系论辑

(1980-2016)

第一编

中华民国时期关于中华法系研究概况



中华民国时期中华法系研究成果综述^{〔1〕}

按：1884年日本著名学者穗积陈重按照各国法律的传统与相似性将世界法律系统分成“印度法族、中国法族、回回法族、英国法族、罗马法族”五大法族。1923年，美国学者韦格穆尔又将世界法系划分为16法系，内含“中国法系”，其说影响甚广，成为当时中国学者研究法系问题的重要依据。

受日本学者影响，梁启超在《中国法理学发达史论》《论中国成文法编制之沿革得失》两篇长文中，都论及中国法系问题。在《中国法理学发达史论》文中，梁启超第一次从中国学者的角度提出了法系问题。他说：“近世法学者称世界四法系，而吾国与居一焉，其余诸法系，或发生蚤于我，而久已中绝；或今方盛行，而导源甚近。然则我之法系，其最足以自豪于世界也。夫深山大泽，龙蛇生焉，我以数万万神圣之国民，建数千年绵延之帝国，其能有独立伟大之法系，宜也。”^{〔2〕}“我国之法系，其中一部分，殆可谓继受苗族之法系而来”^{〔3〕}。梁启超不愧为近代中国沟通中西学的“冰人”，他最早运用法系的概念来判断中国传统法律的价值，希望借此唤起中国人的自信心。但在清季末世，梁氏的文章在实践中并未发挥应有的作用，也不可能从法理学上对中华法系进行系统的研究，所以这个任务留给了民国时期的法学家。

〔1〕 本文选自张晋藩：《中华法系研究论集》，中国政法大学出版社2010年版，第176~243页。

〔2〕 范忠信选编：《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社2000年版，第69页。

〔3〕 范忠信选编：《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社2000年版，第124页。

中华民国时期，研究中华法系成了热门课程，涌现出了一大批学者，其中以杨鸿烈、丁元普、程树德、陈顾远最具有代表性。他们论证了中华法系的世界地位，梳理了纷繁杂乱的 legal 史料，抽象出了中华法系的特点，其功不可没。

但是民国时期的中华法系研究也存在许多问题，最普遍的就是常常以中国古文献中所记载的制度与西方现行的某些制度进行简单比附，似乎中国古已有之，给人以望文生义之感。

民国时期有关中华法系论著的作者，都具有法学院校毕业的 background，有些还留学日本。他们大部分是大学教授，少部分是律师。文化背景使他们的论著具有良好的文化底蕴，而且言之有据，论之成理，不发空论，为后续研究提供了重要的基础。他们的著作大多发表在 20 世纪 33~36 年之间，当时正值日本帝国主义不断深入侵华之际，思想界掀起了中华文化本位主义的舆论，借复兴文化鼓舞人民、增强民族的自信心，以团结一致打败日本帝国主义，因此在他们的论著中洋溢着爱国主义精神和不甘屈服的斗志，值得后学深表敬意。

关于法系问题的提出，是 19 世纪末由日本著名法学家穗积陈重发端的。1884 年（清光绪十年，日本明治十七年），穗积陈重在日本《法学协会杂志》第 1 卷第 5 号发表《论法律五大族之说》的论文，按照各国法律的传统与相似性将世界法律体系分成“印度法族、中国法族、回回法族、英国法族、罗马法族”五大法族。此文无疑是以后研究“法系”或者“法族”之嚆矢。

中国学者研究中华法系首推梁启超。

1895 年，中日签署马关条约，号称“世界第三海军大国”的大清帝国，竟然被明治维新以后仅仅三十年的蕞尔小国日本打败，一时舆论哗然，中日强弱之势引起部分爱国士大夫的深思，而民族危机的加深，更激起他们变法图强的改革热忱。1898 年维新派领袖人物康有为向光绪帝呈上《日本变政考》，希望仿效日本进行维新。

戊戌变法失败以后，梁启超亡命日本，他一方面关注时局，密切注

意日俄战争以后国内宪政思潮的兴起与立宪运动的展开；另一方面潜心学习日本出版的世界法律著作，并于1904~1905年间撰写了一系列法学论文，其中《中国法理学发达史论》《论中国成文法编制之沿革得失》两篇长文对研究中华法系很有影响。在《中国法理学发达史论》文中，梁启超第一次从中国学者的角度提出了法系问题。该文说：“近世法学者称世界四法系，而吾国与居一焉，其余诸法系，或发生蚤于我，而久已中绝；或今方盛行，而导源甚近。然则我之法系，其最足以自豪于世界也。夫深山大泽，龙蛇生焉，我以数万万神圣之国民，建数千年绵延之帝国，其能有独立伟大之法系，宜也。”^{〔1〕}而在《论中国成文法编制之沿革得失》文中又提到“故高丽、日本、安南诸国，皆以彼时代继受我之法系”。^{〔2〕}以上可见，是梁启超最早将法系的理论引进到中国的。但在清季末叶，革命运动与立宪活动激荡在中国大地，梁启超也卷入其中，以致他虽然提出和论证了中华法系的价值与世界地位，但却无暇研究中华法系的内涵、处延、特点、时限、影响等，这个任务留给了民国时期的法学家。

就世界范围而言，1914年，继穗积陈重法系研究之后，德国学者约瑟夫·柯勒（Josef Kohler）和利奥波德·温格尔（Leopold Wenger）在《综合法制史》这一论著中，将世界法系分为原始民族法、东洋民族法、希腊民族法三种。1923年美国学者韦格穆尔（Wigmore）发表《世界诸法系之发生消灭及传播》一文，将世界法系分为十六种。此书很快被译介到中国，影响极大，中国学者在研究中华法系时，多征引韦氏的法系分类法。但对“法系”一词的理解尚不统一，或称“中国法系”，其视角往往是关注现实的法律改革，倾向于建立一个具有中国特色的新法系；或称“中华法系”，其视角多立足于总结传统法律的特征与历史地位以及继承的可能性；或称“我国固有法系”，其视角往往倾向于对我国旧有法律思想和法律制度的描述。例如，法律史学家程树德先生在1928年出版的《中国法制史》中关于法系的论断，便归结为“中国古代法典体系渊

〔1〕 范忠信选编：《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社2000年版，第69页。

〔2〕 范忠信选编：《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社2000年版，第147页。

源流变”。至20世纪30年代中期在民族文化复兴的热潮中，中华法系成为讨论的热点，遗留下数本研究中华法系的专书以及十数篇专门论述中华法系的论文。以下对民国时期中华法系主要研究成果加以评介。

一、专著类

民国时期学者除程树德在《中国法制史》（商务印书馆1934年版）中列专章叙述中华法系外，丁元普著《中国法制史》（上海法学编译社1930年版）、杨鸿烈著《中国法律发达史》（商务印书馆1930年版）、秦尚志著《中国法制及法律思想史讲话》（重庆史学书局1944年版）中也都论及中华法系。其中以杨鸿烈《中国法律在东亚诸国的影响》和居正《为什么要重建中国法系》两书为代表。

（一）杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》（商务印书馆1937年版）

杨鸿烈（1903~1977），又名炳堃，别名宪武，云南晋宁人。毕业于国立师范大学外文系，后入清华大学国学研究院研究历史，师从国学大师梁启超，又受教于王国维等，国学素养深厚。1927~1933年，先后任教于天津私立南开大学、上海中国公学、北京师范大学、云南大学、河南大学。1934~1937年，留学日本东京帝国大学，获博士学位。杨氏通晓多种外文，游历甚广，这使他的眼界和中西文功底要高于其他学者。《中国法律对东亚诸国之影响》是他继《中国法律发达史》和《中国法律思想史》两书之后的又一力作。诚如有论者指出的那样：杨鸿烈对此书自视甚重，将之作为他自己完成认识“中华法系究为如何”的使命感的重要著作看待，他希望东亚法学家均能回顾数千年来我祖宗心血造诣之宝贵财产，不惟不至纷失，且能更进一步力采欧美之所长，斟酌损益，创造崭新宏伟之“中华法系”。由于作者写作目的非常明确，又有翔实的史料作基础，再加上其眼力和史才，使得这部书成了中华法系研究进程中具有里程碑意义的著作，后世学人于此书中获益良多。

该书共分六章。第一章“导言”，主要解决两个问题：①中国法系在世界法系中地位如何；②中国法系的内容及范围为何。为了说明第一个

问题，杨氏征引法律史名家如穗积陈重、泷川政次郎、韦格穆尔、程树德、朱方等人的言论，并一一加以分析论辩，得出结论，无论将世界法系分成多少类别，有一点则殆无疑问，即“‘中国法系’者，世界最大法系之一也”〔1〕。他认为，“若以诸法系之历史比较，则中国法系延长数千余年，较最古之埃及、美塞布达米亚等法系之寿命而犹过之，且影响于东亚诸国如朝鲜、日本、琉球、安南、西域者尤非埃及、美塞布达米亚等之局促一隅者可比，故谓中国法系为世界最大法系之一，谁曰不宜？”〔2〕这就为本书定下了基调，也给后来的研究者作了一个总体的说明。对于何为“中国法系”，他指出：“数千年来支配全人类最大多数，与道德相混自成一独立系统且影响于其他东亚诸国者，亦如其在本部之法律制度之谓也。”〔3〕实际上不仅揭示了中国法系的内容，而且探寻了中国法系的特征，以及同受其影响的朝鲜、日本等东亚诸国共同或者相通的法律制度、法律思想。

本书主体部分第二章至第五章分别叙述了中国法律对其他东亚国家和地区的影响。全文侧重于具体法律制度的文本比较，运用历史上法典条文的对照分析，揭示中国旧律在该国的传播流变。就写作体例上，按照“法典”“法院组织”“诉讼程序”“刑法”（总则、分则）、“军法”“民法”等几大类别逐次进行比较，贯穿了彰显中华法系巨大历史贡献的主线。如同第二章“中国法律在朝鲜之影响”结论部分所说：“李朝一代之法条，大体已如上所述，除完全适用《大明律》而外，其他条文虽不尽与《大明律》相同，而其立法之准则，固始终以中国法律为唯一之范本。虽自前清光绪甲午一战，中国势力完全退出朝鲜，朝鲜法制亦自是焕然改观。但民法之亲族、婚姻、继承等方面，犹得保留甚多之中国法系遗物。”〔4〕

第三章“中国法律在日本之影响”，此章作者着墨较多，一方面，其

〔1〕 杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第1页。

〔2〕 杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第4页。

〔3〕 杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第11页。

〔4〕 杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第162页。

时作者在东京帝国大学留学，资料相对更为丰富；另一方面则是与当时的政治背景密切相关。1937年正值日本即将全面侵华，中国民族面临危亡时刻，反映在文化上，即各界提出了保国保教保种的问题。文化界开始探讨民族本位文化，如梁漱溟认为中国自古以文化立国，如果民族文化都被消弭，那么何来民族复兴呢？这种思潮在法学上的表现，就是20世纪30年代中后期中华法系的研究蔚为热潮，在杨氏此书中不难感觉到此种潮流的影响。本章除分类比较中日法制外，还涉及日本当时法学家受到的中国法律思想的影响。如书中征引泷川政次郎文：“据《三代实录》，嵯峨朝之明法博士额田今足曾随‘遣唐使’质疑日本刑律之难问题数十事项于唐之法律学者。即以此一事而论，可推测（日本）王朝之法律思想殆不能越出唐之法律思想一步也……”〔1〕

杨氏虽然也赞美日人善于得风气之先，善于向当时世界上最强势的法律文化大国学习，〔2〕但他评述的中心还在于阐发中华法系的伟大。为此，驳斥了韦格穆尔因日本出现了武家法而看作是“日本法系”说之谬，指出：“天野御民氏所著《日本法律沿革考》列举当时处分所谓大罪者凡二千余条，并以参与幕府行政之获生徂徕氏曾著《明律国字解》，故当时之惨酷刑名如‘敲人墨’‘引回’系蒙朱明之影响，尤以连坐族诛最为凄惨云。故谓武家刑法为‘中国法系’之变本加厉则可，独自为一‘日本法系’则不可，美国学者韦格穆尔氏之误谬可知。”〔3〕

第五章述及“中国法律在琉球之影响”，认为“琉球立法之精神，固犹属于大明律之系统也”。〔4〕第六章述及“中国法律在安南之影响”，以详细史料指出自安南太祖、陈太宗到黎太祖再到阮世祖一朝，其法律变迁分别经过了模仿“唐宋律”时代，到模仿“唐宋元明律时代”，再到“模仿明清律时代”，由此中国法律在安南发扬之轨迹昭昭可见。

全书最后“结论”部分，在叙述了中华法系的巨大影响之后，杨氏

〔1〕 杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第244页。

〔2〕 杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第302~393页。

〔3〕 杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第257页。

〔4〕 杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第405页。