

中华法系的回顾与前瞻



张晋藩 主编



中国政法大学出版社

中华法系的回顾与前瞻

张晋藩 主编

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中华法系的回顾与前瞻/张晋藩主编. —北京:中国政法大学出版社,2007.6

ISBN 978-7-5620-2967-0

I. 中... II. 张... III. 法系-思想史-研究-中国 IV. D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 090728 号

书 名 中华法系的回顾与前瞻

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

E-mail: zf5620@263.net

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

(010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 787×960 16 开本 29.5 印张 585 千字

版 本 2007 年 8 月第 1 版 2007 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-2967-0/D·2927

定 价 48.00 元

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

作者简介

张晋藩，男，中国政法大学终身教授，教育部人文社会科学重点研究基地——中国政法大学法律史学研究院名誉院长。代表作有《中华法制文明的演进》、《中国近代社会与法制文明》、《中国法律的传统与近代转型》等专著，并在国内外学术刊物发表论文 200 余篇。

屈超力，男，中国政法大学政治与公共管理学院教授。著有《宋代地方政府民事审判职能研究》，并发表学术论文数十篇。

李青，女，中国政法大学法律史学研究院副教授。著有《洋务派法律思想与实践的研究》，并在国内外发表（近 5 年内）学术论文 30 余篇。

顾元，男，中国政法大学法律史学研究院副教授。著有《衡平司法与中国传统法律秩序》，并发学术论文 10 余篇。

序言

中华法系是生成于中国本土的一个法系，她以历史悠久、特色鲜明、内涵丰富、影响深广而受到世界的尊重，被公认为世界一大法系。

中华法系是中华民族智慧与理性的结晶和创造精神的体现，是构建中国古代法制文明与社会发展的重要支持力量。

中华法系的价值就在于她包含了许多跨越时空、历久常新的合理性因素。在世界文明古国中，只有中国具有历数千年而未曾中断的历史，其原因是多方面的，其中中华法系合理性因素的充分发挥具有不可忽视的作用。在中国古代社会曾经出现过许多盛世，如成康之治、文景之治、贞观之治、康乾之治，这些盛世的基础是社会的和谐，而缔造社会和谐的杠杆是法治。所以，盛世、和谐社会与法治三者具有内在的联系和因果关系。从来没有充斥社会矛盾的盛世，也从来没有不讲法治的盛世。韩非说，“国无常强无常弱，奉法者强则国强，奉法者弱则国弱”，充分说明了法治与国势的相互关系，以及法治的价值。

中华法系，虽然是封建性质的法系，但其主流却是中华悠久法文化中的民主性精华，它是中华法制文明的集中体现，不因其时代久远而淹没其光彩。晚清修律的特定历史背景决定了片面地援用西法、忽视固有的国情民情与中华法系的优良传统，以致法立而难行。

当前，发扬中华法系固有的、民主的与合理的因素，总结她在实施中的历史经验与成就，可以增强中华民族的自信心与自豪感，可以

为当前的社会主义法制建设提供宝贵的思想文化资源和历史借鉴。如果说，中华法系对于构建古代和谐社会曾经发挥了积极的历史作用，那么，复兴中华法系不仅是中华民族伟大复兴的重要组成部分，也将对构建现代和谐社会发挥积极的作用。我们需要从固有的中华法系中引出滋润五千年中国的源头活水，需要从历史的文化积淀中找出现代社会持续发展的立脚点。

当然，中华法系的复兴决不意味着复旧，而是在尊重传统的基础上超越传统，以创新作为价值定位，是和世界历史的发展潮流保持紧密的联系，只有这样的复兴才不是保守，才不是复古。

本书系统地评价了一百多年来学者们研究中华法系的成果，指出了他们的成就与不足；论证了相邻国家和地区奉中华法系为母法的历史过程与社会历史原因，以及该国根据本国的国情特点所做的创新；还比较了中华法系与世界其他法系的主要异同点，以加深对于独树一帜的中华法系的认识。

本书最后从前瞻性的角度阐述了中华法系的价值，以期增加人们对于法文化遗产的尊重。在相当长的历史时期，中国是世界的中心，中华法系是世界法制文明的中心，因此，复兴中华法系应该是中华民族伟大复兴的一个组成部分。本书对如何推进深入地研究中华法系提出了自己的看法。

本书序言、第一章、第五章由张晋藩撰写；第二章由屈超立撰写；第三章由李青撰写；第四章由顾元撰写。全书由张晋藩负责主编。本书所附中华民国时期关于中华法系的论著，由陈昱收集整理。

张晋藩

2006年11月

目 录

序 言	(1)
第一章 中华民国时期中华法系研究述评	(1)
第一节 专书类	(2)
第二节 论文类	(8)
第三节 民国时期中华法系研究的主要侧重点	(35)
一、中华法系在世界法系中的地位	(35)
二、中华法系的思想基础	(37)
三、中华法系的制度沿革	(40)
四、中华法系的特质	(41)
第四节 民国时期中华法系研究之得失	(42)
一、成就与贡献	(42)
二、存在的问题	(43)
第二章 中华人民共和国时期中华法系研究述评	(45)
第一节 关于中华法系的时空范围和发展阶段	(45)
一、中华法系的形成时间	(45)
二、中华法系的发展阶段	(47)
三、中华法系所涵盖的地域	(51)
第二节 关于中华法系的成因与解体	(51)
第三节 关于中华法系的特征	(57)
一、20 世纪 80 年代的讨论	(57)
二、20 世纪 90 年代的讨论	(60)

目 录

三、2000 年以后的讨论	(64)
第三章 中华法系与东亚相邻国家的法制文明	(74)
第一节 中华法系作为东亚相邻国家母法的发展	
概况	(74)
一、中华法系与日本的立法	(74)
二、中华法系与高丽朝鲜的立法	(83)
三、中华法系与越南的立法	(91)
四、中华法系与琉球的立法	(99)
第二节 中华法系成为东亚各国母法的原因	(103)
一、东方国家相似的文化基础	(104)
二、东方国家相似的伦理亲情	(111)
三、唐、明文化对东方国家的全面影响与相互 交流	(119)
第三节 中华法系对现代东方国家的影响	(126)
一、伦常观念的遗痕：父权、夫权、宗族	(128)
二、儒家三纲五常的思想仍受到不同程度的信奉	(131)
第四节 中国与东方国家法文化交流的前景及中华法系的 共建	(138)
第四章 中华法系与世界其他法系的比较	(144)
第一节 中华法系的人本主义属性	(145)
一、中华法系人本思想的由来和发展	(145)
二、中华法系中“公”的价值取向与人本主义法 文化	(148)
三、中华法系中的执法原情与司法衡平	(151)
四、西方法文化中近代人本（文）主义的艰难 孕育	(160)
五、东方其他法系（印度法系和伊斯兰法系）中人 本主义法文化的状态	(163)
第二节 中华法系天人合一与自然和谐的法律精神	(165)
一、中西“中庸之道”观	(165)

二、中国法文化中天人合一的宇宙观、秩序观的 形成	(168)
三、礼义道德和法律是维护中国传统社会自然和谐 秩序的根本力量	(170)
四、西方法文化中一以贯之的自然法理论及其对法 律秩序的建构力	(172)
第三节 中华法系的宗法伦理主义	(176)
一、礼与法的相互结合和渗透构成中国传统法文化 的核心	(176)
二、以宗法家族主义为本位的伦理法是中华法系的鲜 明特征	(179)
三、从法律的道德化到法律和道德的分野：中西方法 律文化中法律与道德的关系	(182)
四、罗马法的个案：法的宗法伦理性的变迁	(187)
第四节 中华法系的法制一统性和世俗性	(189)
一、重农主义传统与中华法系中根深蒂固的官僚政治 法律制度	(189)
二、中国传统社会“法令由一统”与“法律多元”的理 想与实践	(192)
三、前近代世界其他法系中法制短暂统一与持久分散 的状态	(194)
四、中华法系的世俗主义特性与司法中神鬼观念	(197)
五、世界历史上的三大宗教的法律化	(200)
第五节 中华法系的民族意识和世界意识	(205)
一、中华法系的民族性：包括华夏族和各少数民族在 内中华民族是丰富多彩的中国传统法文化和中华 法系的缔造者和传承者	(205)
二、中华法系立于和平主义的形成和世界性影响	(207)
三、世界其他法系形成和发展的普遍的殖民主义路 径：以伊斯兰法系、西方近代的英美法系和	

目 录

大陆法系为例	(209)
第六节 中华法系的法典体例与法律体系	(212)
一、中华法系中“以刑为主，诸法合体”的法典编纂 体例及其与同时代世界其他法系的近似性	(212)
二、中华法系中“诸法并存，民刑有分”的法律 体系	(213)
三、英美判例法的传统及其变革性机制——以 20 世 纪西方两大法系的融合趋势为主要背景	(217)
四、中华法系刑事法律的异常发达性：人类社会刑法 发展的普遍规律	(232)
五、中华法系中发达的行政职官法与西方近代的文官 制度	(233)
六、中国传统民事法的欠发展与罗马私法的发达	(235)
七、中华法系中经济管理法律的发展	(236)
八、中华法系中的司法及其特性：兼评滋贺秀三清代 民事审判“调停”论	(237)
第七节 中华法系的律学成就斐然	(244)
一、律学反映了国家基本的意识形态和政治文化 政策	(244)
二、罗马职业法学家集团的形成及其对罗马私法和 后世法学发展的贡献	(246)
三、伊斯兰教法学家对于伊斯兰法发展的独特推 动力	(247)
四、先秦法治理论的勃兴与西方法治主义思潮的 比较	(249)
五、传统律学的近代转型与现代法学	(250)
第八节 中华法系与西方两大法系关于纠纷认知、处理样 式与法律职业之比较	(251)
一、两种基本价值对立的纠纷认知和处理样式及其 影响	(251)

二、认知和处理纠纷过程中的权力结构	(254)
三、中华法系的法律逻辑特征与普通法系中重经验轻 逻辑倾向的类同性	(255)
四、司法官（法律人）的角色	(262)
五、律师与讼师	(272)
结论：法律移植与比较法研究	(278)
第五章 中华法系的价值与深入研究的思考	(283)
附 录	
居正/为什么要重建中国法系	(289)
高维廉/建设一个中国法系	(317)
李次山/世界法系之中华法系（再续）	(320)
马存坤/建树新中华法系	(338)
丁元普/中华法系之成立与将来	(343)
王汝琪/中华法系之复兴	(351)
程树德/论中国法系	(361)
蒋澧泉/中华法系立法之演进	(365)
刘陆民/建立中国本位新法系的两个根本问题	(376)
陈顾远/儒家法学与中国固有法系之关系——关于中国 法系回顾之一	(385)
陈顾远/家族制度与中国固有法系之关系——关于中国 法系回顾之二	(396)
陈顾远/天道观念与中国固有法系之关系——关于中国 法系回顾之三	(417)
陈鹏/中国法系之权利思想与现代	(439)
李景禧/读《中国法系之权利思想与现代》有感	(443)
张天权/论中华法系	(448)
曹德成/中国法系研究发微——研究的对象与任务	(457)

第一章 中华民国时期中华 法系研究述评

关于法系问题的提出，是19世纪末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》第一卷第五号发表《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。最著名的有《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。在《中国法理学发达史论》文中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“我国之法系，其中一部分，殆可谓继受苗族之法系而来。”^{〔2〕}以及“故高丽日本安南诸国，皆以彼时代继受我之法系”。^{〔3〕}以上可见，是梁启超最早将法系的理论引用到

〔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124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147页。

中国的。但在清末末叶，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，德国学者柯勒乐（Jose Kohler）和温格尔（Leopold Wenger）在《综合法制史》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（John Henry 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源流变。这种情况在整个民国时期或多或少都存在着。至20世纪30年代中期在民族文化复兴的热潮中，中华法系的研究成为讨论的热点。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。

第一节 专书类

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讲话》（重庆史学书局1944年版）中也都自觉提及中华法系。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》两书可为代表。

一、杨鸿烈：《中国法律在东亚诸国的影响》（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。《中国法律在东亚诸国的影响》是继《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”的使命的重要著作看待，他希望东亚法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，又有翔实的史料做基础，再加上其眼力和史才，使得这部书成为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，也给后来的研究者做了一个总体的说明。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，揭示吾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惟一之范本，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

〔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。

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。如书中征引陇川政次郎文:“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》会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谬谬可知。”^{〔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李太祖、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,杨氏抚今追昔,抒发心志,呼吁珍惜祖宗遗产,发扬光大,创造一崭新东洋法系。

二、居正:《为什么要重建中国法系》(大东书局1946年版)

居正(1876~1951),字之骏,号觉生,别号梅川居士,湖北广济县人。早年赴日本留学学习法政,并参加同盟会,追随孙中山先生开展革命活动。辛亥革命后,先后被任命为南京临时政府内务次长、中国国民党中央执行委员和常务委员。在国民政府期间曾任代理司法院院长,并依法兼任最高法院院长,直至1948年国民党实行“宪政”。在长达十六年又六个月的司法院院长生涯中,居正为法治改良、法律教育做了大量贡献,积累了丰富经验,形成了自己的法律思想。《为什么要重建中国法系》一书即为体现其法律思想之作。

居正此书,撰写于1944~1945年左右,其时抗战已经接近于尾声,面对胜利后

〔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。

立法工作的新任务，他在1994年中华法学会年会上提出要重建中国法系，同年在《中华法学杂志》第3卷第1号发表了《中国法系之建立》一文，最后形成了《为什么要重建中国法系》一书。可见此书是作者长期思考的结晶。由于作者本人的一贯学养和在法律界的地位，使得该书成为民国时期研究中华法系的重要著作。

该书共分六部分。第一部分“引言”，交代了本文倡导重建中国法系的缘起。他认为当今世界，是天演时代，物竞天择，适者生存。中国已经因为抗战之故，致使法制落后，必须要迎头赶上，而“迎头赶上，必须从根救起”，即从中国固有文化做起。他有感于社会上以及法学界对待法制言必称欧美，崇洋媚外的风气日甚，而试图纠正偏颇，不使国人数典忘祖，为此振臂高呼重建中国法系，要认识中国法系“过去如何”、“现在如何”再进而观察“应当如何”。他深情地说：“我们生于斯，长于斯，聚国族于斯，数典而忘其祖，怀宝而述其邦，是殆不仁不智之甚，其能免于今之世吗？”〔1〕

第二部分叙述“殷周及其前期法律萌芽情形的检讨”。在此部分，居正通过研究我国《周易》、《尚书》、《周礼》，剖析出其中的法律制度与思想。首先，从《易经》中，居正发现“考我国法律起源悠远，观《易经》所示刑法之象，即其明证”。〔2〕随后，又从《易经·噬嗑》、《贲》、《旅》、《中孚》、《蒙》、《坎》、《讼》等卦词以及释卦象的《象传》中，得出结论：“可知吾国法律萌芽之早，原在数千年以前……则在伏羲时刑狱之制、法官之设，俱已有之”。〔3〕在这里作者立意在于强调吾国法制文明起源之早。

其次，作者从《尚书》中《舜典》、《大禹谟》、《伊训》、《吕刑》等篇，参以后代史志，勾勒出夏商时期的法制面貌，并针对史学界中的疑古风气，表述说：“所以我们如说殷代以前的法制未必如史册所载的那样详尽则可，若果根本否认殷代以前曾有萌芽的法律制度，而认为一切都是自殷代才开始，那么殷代何以能够忽然凭空进入这一个阶段呢？我们岂不是连进化的轨则都否认了么？”〔4〕其对我国法律起源悠久的自豪感溢于言表。

最后，居正认为《周礼》一书记载有周一代的法制，颇为详尽。例如关于法律的公布、正当防卫、证据法则、审判心理与自由心证、诉讼代理辩护、陪审制度、

〔1〕 居正：《为什么要重建中国法系》，载《居正文集》，华中师范大学出版社1989年版，第468页。

〔2〕 居正：《为什么要重建中国法系》，载《居正文集》，华中师范大学出版社1989年版，第469页。

〔3〕 居正：《为什么要重建中国法系》，载《居正文集》，华中师范大学出版社1989年版，第471页。

〔4〕 居正：《为什么要重建中国法系》，载《居正文集》，华中师范大学出版社1989年版，第473页。

法院编制、越级上诉、监狱、感化政策、法官责任、法官职业道德等等，都有所规定，足证我国法制很早就已臻成熟。当然他也清醒地意识到，我国法律的发达偏于刑法方面，而民法相形见绌，这是由封闭的地理环境导致的个人主义不发达和国家不干涉主义的政治制度决定的。

第三部分居正叙述“法律思想蓬勃的一个时期”，即春秋战国时期，尤以战国法家思想为最。他举《商君书》、《尹文子》、《尸子》、《慎子》、《管子》等法家经典中的代表性思想，彰显了吾国法律思想曾经出现过的辉煌，他认为：“像这一类诠释法理、倡言法治的议论，就与欧美第一流的法学家言，对照参详，也可相互发明，并提媲美，何况这是两千多年以前的学说！我们很可引以自豪，难道说不应该发扬光大吗？”〔1〕

第四部分，居正叙述了“儒家学说对于历代法律的影响”，他看到中华法系最突出的特点就是它是以儒家学说为指导或者说是哲学基础的。以儒立国成为东亚整个古代文明的特点，西方学者将之总结为“儒教文化圈”，中华法系区别于其他各法系也恰恰在其儒家思想特色。居正剖析了历代法律发展脉络以及孔孟荀等儒学大师的政治法律观，并从汉初的黄老之治到汉武帝时期的独尊儒术再到董仲舒的引经决狱的历史过程中得出结论，“要之，从汉时起，儒家的法律思想，已经在政治上社会上占有绝对的优势，几乎法律内容的全体都受其支配。经过了两汉三四百年的时间，就愈加根深蒂固，非其他的势力所能动摇。继起的儒者，对于德礼和刑罚的见解，也都大同小异，所以不但历三国、魏、晋、南北朝历代，虽各有法律的制定，而没有什么根本的变更，就是由隋、唐、五代，以至宋、元、明、清，也始终是一脉相承，保持这一个传统的精神。”〔2〕随后居正举中国有代表性的法典《唐律疏议》、《宋刑统》、《大明律》、《大清律例》来说明，正因为前后都是贯彻着儒家思想的，所以这些法律精华才能世代相延，生生不息。同时也传播海外，为各国所移植运用，蔚为世界一大法系。

第五部分是此书的中心部分，即“重建中国法系的趋向”。前面三章，都是围绕着中华法系“过去如何”这个问题而写的，此章则要解决“现在如何”以及“今后应当如何”的问题。我国自满清末叶至国民党南京政府肇建，立法事业一直不断开展，但存在着很多问题，“或则仍旧因袭前此的礼治，或则完全继受他国的法律，东

〔1〕 居正：《为什么要重建中国法系》，载《居正文集》，华中师范大学出版社1989年版，第482页。

〔2〕 居正：《为什么要重建中国法系》，载《居正文集》，华中师范大学出版社1989年版，第486页。