

汉语法学文丛

中国法理自觉的发展

蔡枢衡 著

清华大学出版社

内 容 简 介

本书以蔡枢衡先生1947年自费刊行的同名著作作为底本,增收氏著相关论题重要论文,合为一册。蔡氏一生法理层面的著述,基本备此。

通观全书,作者将对于法的历史—文化观照与对于具体法制的实证分析相结合,于探讨宪政与民主的中国进路中求证现代法制的基本要义;既有关于法的一般概念的抽象阐释,更多的是基于具体法制,特别对刑事法律作专项的研讨。

本书适合法学研究者和法科学生阅读,对于法官、检察官、律师和政府法律官员等法律实务家,以及关心法学的其他学科人士,亦有参考价值。

版权所有,翻印必究。举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

中国法理自觉的发展/蔡枢衡著. — 北京:清华大学出版社,2005.4
(汉语语法学文丛/许章润主编)
ISBN 7-302-10703-3

I. 中… II. 蔡… III. 法理学—研究—中国 IV. D902.0

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第030015号

出 版 者: 清华大学出版社

<http://www.tup.com.cn>

社 总 机: 010-62770175

地 址: 北京清华大学学研大厦

邮 编: 100084

客户服务: 010-62776969

责任编辑: 方 洁

印 刷 者: 北京嘉实印刷有限公司

装 订 者: 北京市密云县京文制本装订厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 155×230 印 张: 21.5 字 数: 297 千字

版 次: 2005年5月第1版 2005年5月第1次印刷

书 号: ISBN 7-302-10703-3/D·163

印 数: 1~4000

定 价: 35.00 元



蔡枢衡先生（1904—1983），江西省永修县人，二十世纪中国杰出法学家。他早年留学日本东京帝国大学，获法学学士学位，回国后任教于西南联大和北京大学，毕生主要致力于刑事法学的研究和教学，兼及法律史和法理学，并以此名世，有多种著述行世，主要作品包括《刑法学》、《刑事诉讼法教程》、《中国法律之批判》、《中国法理自觉的发展》以及《中国刑法史》。

敬献此书于

先叔拙成大人 灵前

著者

三十六年 扫墓节

本书初版于1947年，由蔡枢衡先生（1904—1983）自费刊行，收录了作者1930至1940年代前后撰写的论文和评论，合为七章，载述了作者关于法律和法学的诸多思考，也是蔡先生壮年命笔的成熟学思。此次重印，增收氏著《罪刑法定主义》、《刑法名称的由来》等六篇重要论文，合为十三章。除同年出版的《中国法律之批判》，蔡氏一生法理层面的著述，基本备此。

蔡枢衡先生是二十世纪中国的杰出法学家，毕生主要致力于刑事法学研究，兼及法律史和法理学，并以此名世。早年留学日本东京帝国大学，获法学士学位。回国后任教于西南联大和北京大学，有多种著述行世。本书撰述之日，正是中华民族战火纷飞、风雨飘摇之际。因而，字里行间，不但述事陈理，更充盈着家国忧思、文化悲情与人世关切。事变理亦变，而忧思恒在，悲情时涌，盖因法律和法学总当萦念人世关切。这既是法律的合法性所在，也是一切法律思想的生命源泉。今日重刊此书，于积累中国法律思想，凝练汉语法意的同时，所予吾人的时代启迪，也是它的贡献，莫过于此。

增补的六篇论文，承蒙孔庆平博士惠示两篇，特此致谢。康震君惟勤惟谨，帮助校对了大部分章节；周林刚同学细心如发，编制索引，于役校对，屠凯同学帮助校对，并此致谢。翟志勇、周林刚、刘丹于北图寻获三则蔡氏旧文，手缮旧籍，续补兹编，尤当感念。责任编辑方洁女士秉持一贯认真负责的风格，保证了出版质量，一并誌念。

许章润

二〇〇四年六月

于清华明理楼

“七七事变”后，随北京大学迁校，作客长沙。二十七年春，后迁昆明。直至去年夏复校复员，重游故都。这中间，说辛酸，辛酸万分；说愉快，自然也愉快莫名。

侵略破坏了一切秩序；炮火阻止了书本学问的向前。唯一可能的工作是：观察现实，回顾已往，憧憬未来。偶有所感，每以一吐为快。于是除三十二年以后，为物价所屈服，课余时间，悉为律师业务所耗外，自二十七年末至三十二年春，我个人便产生了一个散文时代。为着吃苦不离本位，所以文章不离本行。事后集起来，居然有了不算很少的数量。

从来的法学论文都是旁征博引的。我这些文章，在这一点上算脱格了。从来的文章都是文言文，这点我又革命了。我不敢说我这些文章在客观上有多大价值，只可说这些都是我的思维发展过程中的痕迹。方法论、世界观以及法律观，始终一致。问题都是中国文化问题的一部分。不过，有些议论是专对战时后方而发的。这种地方自然什九没有普遍的妥当性。大部分还保持着时间性，也是十分明确的。根据历史的发展，若干地方——尤其像法学教育问题之发展，读了三十六年五月十六日《北方日报》所载教育部朱部长的政策，证实昔日所论并非新病呻吟。政策之方向较之所论并无本质的差异，衷心实感无限欣慰。

这书本质上是论文集，章节是后加的，自然觉得不十分紧凑，甚或可以发现若干重复。战时后方报纸论文的字数是有限制的，杂志方面的限制，却宽松多了。因此，各节字数的比例，显得非常不调和。报纸文章的语句，比较简洁。杂志上的文章却是纯语体。两者凑合起来，又增加了一种不调和。好在内容上的联

络，并不怎样勉强。不过，第三章的第四节原是第六章的第一节。因为排错了，只好迁就。*

承河北第一监狱典狱长吴访丞先生的好意，使我减少不少困难；同监狱第三科科长王馨吾先生、印刷主任何明西先生及有关执事先生之热忱协助，复使进行意外顺利，令人难以忘怀。就此一并致谢。

中华民国三十六年四月扫墓节稿，五月十六日改正

著者 于北平中老胡同北大住宅

* 本次重刊，已作调整。——编者注

目录

编者说明	许章润 (5)
写在前面	蔡枢衡 (7)
第一章 新中国之文明与文化	(1)
一、新中国之文明与文化	(2)
二、所谓“文化膏药”问题	(20)
三、抗战建国与法的现实	(24)
第二章 近四十年中国法律及其意识批判	(28)
一、法哲学及法史上二大问题	(29)
二、沈家本派及其反对派	(32)
三、法学的新立场及其应有之法律观和方法论	(40)
四、今日的中国法之新认识	(45)
五、明日的中国法应有之面目和精神	(52)
六、建设新中国法学之基本原则和前提条件	(59)
第三章 法律本质之再认识	(66)
一、中国旧法制之合理的认识	(67)
二、西洋法律的输入	(73)
三、旧道德与新法律之矛盾及归宿	(79)
四、法律万能与法律无能	(82)
第四章 中国法学及法学教育	(85)

一、中国法学的病和药	(86)
二、中国法学之贫困与出路	(93)
三、法治与法学	(98)
四、法学教育之生产和再生产	(101)
第五章 宪政与法治	(114)
一、实施宪政与建设法治	(115)
二、宪政与农人	(118)
三、警察国与法治国之矛盾及归宿	(121)
四、中国青年与中国法治	(124)
五、法治精神与建国	(128)
六、中国法治诸问题	(131)
七、法治之路	(135)
八、中国法治的根本问题	(137)
第六章 中国司法之理想	(145)
一、人治、礼治与法治	(146)
二、建国与司法近代化	(149)
三、建国作业与监狱改良	(152)
四、保障人权与改良看守所	(160)
五、撤销领事裁判权与改革司法	(163)
六、民族解放与司法革命	(168)
七、司法革命问题	(171)
八、司法解放与司法自立	(175)
九、法官与法律	(180)
十、中国司法之理想	(182)
第七章 犯罪问题及其他	(188)
一、中国犯罪问题之考察	(189)
二、汉奸及文化汉奸	(200)
三、堕胎与民族	(204)

四、守法与犯法	(209)
五、新知识群之含诟与自反	(211)
六、青年问题与问题的青年	(216)
七、青年志向与社会环境	(220)
第八章 刑法名称的由来	(224)
一、黄帝时代就有刑法	(226)
二、唐虞和夏代刑法的名称	(228)
三、法字的本义是流	(230)
四、井和荆	(232)
五、法和荆	(233)
六、法律和刑法	(236)
第九章 罪刑法定主义检讨	(239)
一、涵义	(240)
二、平衡主义及其变迁	(242)
三、结果责任与不知法律	(245)
四、刑法解释之问题	(246)
五、不定期刑制度	(248)
六、个人自由与国家	(249)
七、分权主义及其变迁	(251)
八、产业资本主义及其变迁	(252)
九、罪刑法定主义之历史命运及其在中国法上之地位 ..	(254)
第十章 三十年来中国刑法之辩证法的发展	(256)
一、简要的回顾	(257)
二、中国旧律的几个原则	(259)
三、《大清新刑律》对于西洋新原则的采用	(262)
四、《大清新刑律》中宗法意识的遗存	(265)
五、新与旧的矛盾	(267)
六、新旧矛盾趋于统一	(270)
七、几个例证	(271)
八、新刑法的变动	(273)

九、结语	(275)
第十一章 刑法文化之展望	(278)
一、引言	(279)
二、刑法之进化	(281)
三、复仇	(282)
四、刑罚权渐归于国家	(284)
五、博爱时代的刑法	(285)
六、三大原则之修正与改造	(287)
七、苏俄的刑法文化	(289)
八、苏俄刑法不同于资本主义国家刑法	(291)
九、所谓三民主义刑法	(293)
第十二章 教育刑主义概观	(295)
一、报应主义与目的主义	(296)
二、刑罚与教育	(298)
三、感化与社会教育	(299)
四、不定期刑与保安处分	(301)
五、人格调查及累进制	(303)
六、刑罚之教育的执行与行刑官吏	(305)
七、罪刑法定主义与教育刑	(306)
第十三章 行刑之将来	(309)
一、引言	(310)
二、行刑之技术化	(311)
三、行刑之经济化	(312)
四、行刑之教育化	(313)
五、行刑之法律化	(314)
六、结语	(315)
参考文献	(316)
索引	(320)

第一章 新中国之文明与文化

- 一、新中国之文明与文化
- 二、所谓“文化膏药”问题
- 三、抗战建国与法的现实

一、新中国之文明与文化

全盘西化论者陈序经先生在《今日评论》第五卷第三期发表了一篇《抗战时期的西化问题》。这是一篇自批判中展开自己的理论之力作。陈先生所批判的对象原来是张、冯、贺三先生对于陈先生的全盘西化论之批判。所以这篇文章本质上是反批判,是批判的批判。这事实告诉我们,讨论的过程早已进入了深刻的阶段。加之,问题之讨论非始于今日,远在十年前。因此,陈先生的见解依理应是已经很少可乘之隙。然而编辑先生在撰者介绍中虽然表示了:期待着问题之再检讨。假使我之浅薄

的见解侥幸通过了主编者的审查,那么,一面言志,同时抛砖,算是我愿意发表这篇文章的动机。

“中国的物质文明和精神文化究往何处去?”这是中国史上划时期的海禁大开这一幕提供给人们的历史课题。本来,海禁大开后的中国文明文化之归宿,和海禁大开前的中国文明文化同样地被客观的历史法则决定了;根本不容见仁见智,已用不着任情好恶或是非争辩。可是事实告诉我们,这条出路的猜摸有了四种不同的见解:第一是原状复古;第二是全盘西化;第三是中学为体,西学为用;第四是摘精取华,自己创造。

原状复古论只是一种幼稚而且观念的自己安慰或自己陶醉。姑勿论中国过去数千年中的文物制度流动不归,所复之“古”究应把何朝何代何年何月何日何时的事实作标准?根本没法决定。假定这点不成问题,还要历史是循环的,“原状复古论”才不失为合理的见解。然而历史决不是循环的。重开“孔家店”和“向东转”的主张只是外来压迫和全盘西化的声势之单纯的反拨。这虽不失为一种本能作用,不失为民族自我意识之表现,然而这种主张之合理性决不能超出抽象的民族自我意识之范围。

具体的民族的农业社会形态必然为工商业社会形态所抛弃,那是历史的造化。孔家店倒招牌也是历史决定了的——不问愿意不愿意,终是一件人力莫可如何的事情。把孔家店的招牌当作拒绝工商业的长城,和螳臂挡车同一是无力而不自量。原状复古——回复农业社会的主张只是农业社会的回光返照。随着工商业之克服农业,必然会销声匿迹。近年来再也找不出反对西洋物质文明的人,以及指摘西洋精神文化的人寥寥无几的现象,正因中国的农业已经成了外国工商业附庸的缘故。中国农业从属于外国工商业虽是一种变态现象,究不失为农业从属于工商业之一形态。这虽然是一种不痛快的事件,然究不失为原状复古论丧失客观基础之一方式。陈先生认定这是进一步了解西化的证据,理论上是十分突飞的。原状复古论和全盘西化论互相矛盾。然而中国文明文化的出路,除原状复古论和全盘西化论外,理论

上容有第三种情形存在之可能。事实上也有中体西用论,旧瓶新酒论和自己创造论等等。在这种情形下应用排中律,认为原状复古论失败便是全盘西化论成功。贪天之功以为己的事小,埋没了真理的事大。

和原状复古针锋相对的见解是全盘西化论。什么叫全盘西化?二年前在某处见过陈先生某篇文章中曾给予明白的规定,可惜现已记不清楚。然而所谓全盘西化这概念的内容至少有二属性:第一,化的榜样是“西”;第二,化的程度是普遍而彻底——不剩一物,不留一事。假定这个分析大体不差,我觉得所谓全盘西化第一太抽象化了,第二太观念化了。

为什么说太抽象化了?因为所谓“西”的具体含义是十分复杂的。从历史阶段看,十九世纪初期和中期的西洋,社会经济大体上是产业资本主义,竞争经济;政治上的主潮是民主,尤其是法治,根本上受着自由主义的支配;社会关系的出发点是个人主义,所有权是绝对的,契约是自由的,责任之负担限于自己故意过失之界限内;道德是主观的;法律和道德分了家,一切都解放。可是到了十九世纪末,尤其是现代,已成了五花八门:社会经济虽都不失为金融资本主义,独占经济,表现的形态却有统制和计划二种;政治上之显著的干涉倾向,多数人的福利之重视,虽仅有程度上的不同,大体上也算维持了法治,然而独裁的独裁,民主的民主,固已有目共睹,并且独裁的基础还有建筑于无产阶级之上和建筑于资产阶级之上的差别;至于社会关系,理论上虽都于个人之外发现了社会的存在,然而社会和个人间的关系却有个人为社会而存在和在社会中承认个人二种不同的见解,各是其是,悬案未决;所有权负担了义务;契约中的某种主体受了保护,另一方面却被抑制;责任是对社会的;无过失和无责任能力人也要负责;法律和道德又合流了,一切都向着积极的拘束的方向猛进。总而言之,抽象看来,虽然都是“西”,具体的事实在时间上有十九世纪和二十世纪的不同,在空间上又有英美德法苏意等等的悬绝。至于二十世纪的英美德法苏意又各自有其年月日时的差异,也是不可置之度外的事情。究竟把那个空间的“西”,哪个时间的“西”作标准来西化?不知陈先生已经确定

了没有？假定已经确定了，那么不称为“西化”，而再为何年何月何日何时的美化、英化、德化、法化、意化或苏化，似乎适切妥当些。假定还没有认定，那便不能不肯定所谓“西”的内容太空虚了些。这个内容贫乏的“西”，论质论量均不足为中国西化的标准，似乎不难首肯。

为什么说太观念化了？因为全盘西化只可求之于观念上的想像，不能见诸客观的事实。陈先生的全盘西化论是把观念当现实——至少是想把观念当现实，所以说是观念化了的。拿一件简单的事情来作例：假定一个中国人，身着西服，口说西话，吃西餐，读西书，脑袋里装满了西洋的意识，举动礼仪和西洋人没有二样，再加生长在西洋，这算已尽了西化的最大能事！综合看来，这人已和普遍中国人截然不同了。然而还不算是全盘西化了。这人的五官百体，五脏六腑，彻头彻底还是中国人。换句话说，人种没有变——至多是量变而不是质变。日本明治维新时代，极度自卑之余，曾经有人主张应该鼓励日本女性和西洋人乱交，以达改良日本人种之目的。不知陈先生的全盘西化论中也包含了这种成分否？纵使包含在内，混血儿终究是混血儿，还不是西洋人，所以还不是“全盘”。非“全盘”的“西化”就不是“全盘西化”。“全盘”落了空。决定了全盘西化论只是一种既反真理又非现实的空想。

假定陈先生说：全盘西化是过程，不是结果。这自不失为一种辩解。可是西洋的文明文化之创造是把西洋的历史作基础，西洋人作活动的主体，西洋的事物作工具，西洋的自然和西洋人的社会并思维作对象而形成的过程。中国近代化现代化过程中的工具和对象，假定一概取之于西洋，其奈历史基础没法转换，主体的多数也还是中国人何？这样的西化过程难道可说是全盘？

话说回头，自另一面看，陈先生的主张决不是单纯的主观的观念游戏。陈先生的见解是把近百年来的中国历史社会作背景的。近百年来的中国是次殖民地。这是孙中山先生也承认了的真理。次殖民地的特点第一是没有独立自主的，是反自我的；第二是支配中国的“太上国”是多元的——西洋之富而强者都可对中国颐指气使，中国都会

垂首听命。这二特点反映于意识,形成了陈先生的全盘西化论。陈先生是主张不剩一丝一毫彻底西化的。这正是丧失了独立自主性或反自我性之摹写。全盘西化论的“西”是没有特定具体内容的,这又恰是支配中国的“太上国”之多元性和都在西方二事之写照。从这个观点看,陈先生的全盘西化论实在是一种不折不扣的真理。

一面指摘全盘西化论之过于观念化和抽象之非真理性,同时肯定全盘西化论是真理,这是理论矛盾,也是事实矛盾。理论的矛盾之消灭是把事实的矛盾之解消作前提的,次殖民地地位和民族的中国是这矛盾事实之两极。这二极中之一——独立自主的民族国家之出现于二十世纪是近代世界史赋予中国的权利和义务。这和十九世纪的中国必然沦于次殖民地地位,同一是历史的造化。反过来,也就是说,中国之次殖民地地位已经完成了应负的历史使命,亟应功成身退。再看另一极——次殖民地地位已使中国一切的一切表现着脱节和不自然,一切的一切都形成了折衷的拼合:这中间充满了矛盾和不调和。且把日常惯见的事实来作例。譬如结发小脚的女性穿皮鞋,二三十岁以上的妇女结双辫或系处女带,仁丹胡子的私塾教书先生穿运动鞋,西裤皮鞋套长袍马褂,宽不盈丈的麻石街道中通过满载六公吨的汽车破坏了两旁的屋檐,宴会或娱乐场中到处发现空无所有、藉壮观瞻的公事皮包,以及姨太太穿高跟鞋住洋楼坐汽车,……。这些都是次殖民地性的内在矛盾使之然,是次殖民地性自己否定的因素之所在,也是人类理性之所不能堪。目前的现实:对日抗战是民族的中国之维护,也是次殖民地地位否定之运动。抗战最后胜利之日是矛盾现象丧失基础之时,也是陈先生的全盘西化论完全丧失真理性的日子。

陈先生或会说:“你的见解完全错误。抗战中的一切只是更进一步西化,决不是反西化。”不错,陈先生已经说过了:“在此抗战与欧战的时期里,反对西洋物质文明的人,固已绝迹。指摘西洋文化的人,也已寥寥无几。这又不只是表现国人对于西洋化作进一步的认识,而且对于全盘西化的主张作更进一步的了解。”然而正为有了这段话,陈先生的主张便已陷入不可救的矛盾之深渊。这种一面意识着抗战,同