

中國文化與中國法系

三民主義文庫 52 / 陳顧遠 著 / 三民書局印行





陳顧遠

1896年生

陝西三原人

北京大學法學士

現任台大、政大等教授



行政院新聞局登記證 版業字第二〇〇號

中華民國五十八年四月初版
中華民國五十九年十月再版
中華民國六十六年十二月三版

中國文化與中國法系

基本定價壹元貳角伍分

著者 陳

顧

遠

發行人 劉

振

強

出版者

三民書局股份有限公司

印刷所

三民書局股份有限公司

臺北市重慶南路一段六十一號
郵政劃撥九九九八號

陳 顧 遠 著

中國文化與中國法系

三民書局印行

三民文庫編刊序言

書是知識的滙集，知識是人人必備的，因而書是人人必讀的；我們出版界的責任，就是要提供好書，供應廣大的需要。不但在內容上要提高書的水準，同時在價格上也要適合一般的購買力，至於外觀求其精美，當然更是印刷進步的今日應該做到的。

知識是多方面的，社會科學、自然科學的知識，文學、藝術、哲學，歷史的知識，莫不為人所必需，推而至於山川人物的記載，個人經歷的回憶，也都包括在知識的範圍以內；這樣廣博知識的滙集，就是我們所要出版的三民文庫陸續提供的讀物。

在歐美日本等國，這種文庫形式的出版物，有悠久的歷史及豐富的收穫，人人愛讀，家家傳誦，極為我們所欣羨。近年來我國的出版界，在這方面亦已有良好的開始；我們願意站在共求文化進步的立場並肩努力，貢獻我們微薄的力量，參加栽植的行列。我們希望得到作家的支持，讀者的愛護，同業的協作。

中華民國五十五年雙十節

三民書局編輯委員會謹識

序

文化不是出自個性，而係創自羣性，不是天才個人所能獨創，而是大多數人不斷努力的結果，這就和鳥做巢，蛛結網本於自然現象的個體行動不同。大思想家的創宗立說，必直接間接有其所承，大科學家的發明器物，也必直接間接有所取。孔子祖述堯舜，憲章文武，並與賢士大夫遊，才能集大成而創立儒宗。瓦特發明蒸汽機，牛頓發明地心吸力，絕不是毫無前人的影響，祇看見壺裡水開，蘋果落地，就會有這樣的成效。而且其思想、其發明，若無多數人的領悟傳播，也不能成爲文化的主要部分而有助於人生。文化既然是多數人努力的結果，必須有了社會，彼此共同相處，才能達到這個目的。因社會的產生並不斷地發展下去，法律便應運而起，不問其形式，不問其內容，不問其爲禁令，不問其爲約章，法律的核心總是社會生活的規律，而爲社會心理力所表現的。所以有些學者，就說「有社會即有法」，或者說法先於國家而存在。當然了！有這種法的社會，雖然不是國家，却是多少有公權力存在的社會，如氏族，如部落是。

文化不是處在靜止的狀態，而是在動的狀態中求發展，縱有迴瀾也可望其復興。所以有人說

文化不是一種「存在」，其本身乃是一種「演變」；倘若不能演變而衰微而靜止，便成了死的文化，也就失去了文化對人生的價值。這和蜂羣居而釀蜜，蟻羣居而生活，萬古不變的情形又有何異。論其變動雖然不像自然方面有一定不移的規範，有確定無貳的路線，但其動而不忘其本，變而能廣其效，雖在變動中，還得同時要靠變動中的法律，與其配合爲其支柱。否則一般文化已有變動的跡象而法不變，這便是惡法，祇有我國法家和西歐分析法學派說它是「惡法勝於無法」。反之，一般文化尚在慢慢演變中，而法突然變到簇新的地步，也是不行，王莽的變法，洪秀全的建制，都歸失敗，就是這個緣故。總而言之，在文化的演變中，也須要有演變的法律助其演變方可。

有人說，教育是擔負了保持文化延續文化等等責任，實則法律也同樣有這種責任。因爲沒有演變的法律扶助文化的演變，這種變動都是不易成功；況且教育的所以能達其功效，也是靠了法律能維持社會秩序，乃可弦歌不輟，避免了最後一課的不幸，以教育學術等等與經濟政治法律作一個比喻，更見得法律及一般文化在其進展中有密切的關係。教育學術好比文化的腦髓神經，沒有它們，全身失靈，等於肉偶；經濟好比血液循環，沒有它，滋養無着，衰弱不堪。政治法律好比體軀，乃是腦髓神經和血液循環所託的部分；而政治仍只算是皮肉，法律才是骨幹，同樣是不可或缺的。一個人祇有體軀而無生命靈魂，自然不行，但是體軀——尤其骨幹——而不健全或有

異狀，也就影響了其它部分在其效能上的表現。

除了上述法律對於一般文化的作用外，再從文化的本身而言，尚有一種狀態，不可忽略，那就是文化對於法系的關係了。因為文化不是以某一個生活圈爲中心而延展於全人類，也不是開始即係有意識的爲人類全面性的集中發展，多少是具有民族性的。雖然在最初的神權階段，各民族的文化似乎大同小異，然而這種「同」，既非由於共謀，且各有其本色，更非即向同一目標發展，故仍各有其民族性；必須由各民族的文化相交流，乃可逐步融合而建立人類的共同文化。這是人類分佈於全球各部分，受了自然環境影響及彼此相互模仿，致與他部分人經久隔離的事實，無可如何者。然而有人說文化是人性的發展，沒有東西的根本差別。就人類文化的本身而言，當然如此；因爲各民族文化的內容，雖然如何不同，都是人類所創造，都是人類的文化，都是因「人的所以爲人」有其共同點，然後各民族間彼此的文化才可以交流，才可以吸收。一如中國文化始終是中國文化，然因時間的不同，也不妨有殷文化、周文化、秦漢文化和唐宋文化等等區別。那麼在人類發展的事實上既係分區而居，分族而處，形成了許多民族，各民族也都各有其自動的單獨創造文化的能力，漸次發展演變各自成其體系了。依前所述法律是社會的安定力，是隨着文化的演變而演變，以助長文化的演變，文化既多少具有民族性，而在同一民族生活的單位上，自然也不能離開法律，甚或藉法律的力量而使其文化傳播甚遠，一如由文化的傳播而將法律的精神傳

播它處一樣。因而在國際法以外各有其國內法；在世人夢想的「世界私法」以外仍各有其國內私法。並因文化的表現於法律方面，初則各樹立其民族生活單位的規律，繼則彼此間的規律亦或交流而融合，於是就有所謂法系的建立。一個法系對於另一個法系而言，仍然多少帶有民族性在內，尤其是由衆多民族構成一個大的民族生活單位，而自創立的法系如是；或一個大的民族分成數個生活單位而屬於同一法系如是。所以一個法系廣被於多數國家，也可以說是有助於各該國家彼此間文化的交流，逐漸收取融合之效。

法律對於一般文化的建立和發展，雖然有極大的作用，然而法律畢竟是文化的一部分，在一個民族生活單位的文化所指示的整個趨勢之下，它也不能反其道而行。如若不是這樣的法律，其法律也就不能扶持其文化，甚或摧殘了固有的文化，今日大陸上匪共的法律就是這樣。因而在一個社會，一個民族團體，有某種文化，便形成某種法律。最好的立法並不是憑着自己的意識創造某種法律，祇是憑着自己的智慧選擇出某種法律是民族所需要的，是社會所期望的。各種法律的分佈在全世界，也就是表明了民族文化不同，或在衆異中而有其小同。同時，某一法系的昌明，至少可說某一體系的文化在法律的表現上有其優勢；反之，某一法系的衰弱，若在其固有的一個民族生活單位方面，也可說是其固有的一般文化走向消沉之道。所以提到中國固有法系便不能不談到中國文化，由中國固有文化而為中國法系的觀察，乃為探本追源之論。中國文化如何影響

到中國固有法系，而中國固有法系如何對中國文化起反應，這就是本來要說的話了。

本書共列六篇論文，雖篇章各有所指，而精神實屬一貫。首篇標題爲「中國文化與中國法系」乃一總名，包羅甚廣，係從中國文化本位上論中國法制及其形成發展，並予以重新評價。可說是著者數十年來潛心這一問題的現有結論。第二篇爲「從中國法制史上看中國文化的四大精神」，這與前篇所採的觀察角度不同，更能探知中國文化與中國法系之真諦所在，並將中國文化歸納而爲四大主流，足爲前篇的補充資料。第三篇爲「中國固有法系之簡要造像」這又是對於中國固有法系的精神作了另一種畫面的描寫，而其所根據的背景，當然是中國固有文化了。第四篇爲「中國政制史上的民本思想」，這是專文研討中國文化四大精神中的「扶弱抑強的民本思想」，足見中國固有文化，雖缺乏整個的民主觀念，但對於民有民享觀念，却有深入的研究領悟。第五篇爲「中國現行法制之史的觀察」，這是因爲論古的目的在於通今，文化的價值在於實證，中國文化與中國法系的真正價值，並非祇爲空論，儘可從現行法制上證實出來，所以便插入了這篇論文。第六篇爲「中華法系之回顧及其前瞻」，也許可說是本書的一篇結論了。從這六篇論文看來，當能對中國文化與中國法系問題，有其徹底的瞭解，而文化本身與法律方面的密切關係更或有了一個相當的證明。是爲序。

陳願遠序於臺北市雙晴室

中華民國五十八年四月十六日

目次

序

從中國文化本位上論中國法制及其形成發展並予以重新評價	一
從中國法制史上看中國文化的四大精神	一二〇
中國固有法系之簡要造像	一三八
中國政制史上的民本思想	一五二
中國現行法制之史的觀察	一七四
中華法系之回顧及其前瞻	一九八
附錄	
(一)陳著「中國法制史」日文本譯者序	西岡弘 二二二
(二)陳著「中國婚姻史」日文本譯者序	藤澤衛彥 二二六

從中國文化本位上論中國法制 及其形成發展並予以重新評價

一、前言

余於幼時入私塾讀小學，耳目之感染，身心之薰陶，已受中國傳統文化線裝書之教育。民元入中學，民五入北京大學預科，接受西方文化洋裝書之教育，但對固有之經史子集學問，雖浩如瀚海終身難詳，則仍心喜或有涉獵焉。五四運動後入北京大學法科，從程樹德先生修習中國法制史，頗感興趣。民十二畢業後組團赴廣州晉謁 國父孫中山先生，親聆其講授三民主義及五權憲法，深知中國固有文化並不因五四運動前後之新文化運動而即全部變爲殭石，仍與西洋文化有其互相參照者在，尤以法制方面爲甚。余畢生決心爲中國法制史之深入研究，實植因於此耳。所寫中

國法制史、中國法制史概要（新訂本）、中國古代婚姻史、中國婚姻史、中國國際法溯源等書，以及其他短論雜文，莫不一本斯旨。其中中國法制史，經日本學者西岡弘，中國婚姻史經日本學者藤澤衛房分別譯爲日文。余除研究及講授中國法制史課程外，並從事中國立法工作，迄今已三十餘年；且爲制憲國民大會代表，而以所學爲國家民族略獻棉薄焉。雖中原動蕩，國難重見，自南京而重慶，而還都，以及戡亂軍興，輾轉遷臺，追隨政府，竭盡微力，維護中國文化之精神，發揚中國法制之責任，未敢一日或怠。余爲中國人，生於斯土，長於斯土，學於斯土，未嘗一日離開國門，自知學力不足，知識有限，難爲中國法制及其形成發展並予以重新評價，作確切而深刻之體系敘述。唯因不敢遺忘余爲中國人之立場，本於往昔之所學所知，實負有竭愚獻芹之責任與心願。故雖行年七十有二，依然不敢固步自封，仍在教學相長之中，有所學習以求進步。今值中國法制會議首屆舉行之期，余雖以病而入醫院，朝朝不能忘懷於此事之關係重大，惟有暫時延緩開刀之根本治療，出院休養，俾寫此稿。然精力仍未能即時恢復，勉強將預定之題目縮小而爲此一報告，疏漏失誤之處，在所不免，尙希方家指正。茲就傳統文化與其所孕育之固有法系間究有如何表裡關係首先一及，以開本稿之端。

（甲）民族傳統文化與其法系之關係：人類創造文化，無人類即無文化，無文化亦不足以言人類，故文化爲宇宙中人類所獨有者。鳥雖能作巢而棲息，蛛雖能結網而覓食，蜂雖能造窩而釀

蜜，蟻雖能掘穴而羣居，終不能產生文化焉。唯有人類始能累積經驗，解決問題，發展文明，日新又新，遂蔚爲今日之文化世界耳。欲爲文化下一定義，殊非易事。就其整體相而觀，或謂文化爲人類生活方式之整體，或謂文化爲人類精神活動之成就，或謂文化爲人類精神努力所創造之價值，或謂文化爲社會之人生，爲立體之人生，爲人類全部歷史之寫照，各有所見，不一而足。總而言之，文化也者，不外人類由野蠻以至於文明，其繼續努力獲得之成績，而表現於政治法律經濟倫理學術藝術風俗習慣的綜合體之謂也。就其各別相而觀；文化爲各民族團體精神之成就；文化爲每一民族中的個人在其生活圈內對其生活方式一致之表現；文化爲各民族在其共同生活活動上不斷努力之結果而由其子孫接受並應發揚光大之遺傳共業。是故每一民族文化團體所孕育之法系，其表現於法制者必與其民族文化息息相關，無論其形成與發展均然，此亦各民族立國精神之所在，法制不過其外部之表現而已。易言之，對於一種法系下之法制，苟不探求其民族文化整體趨勢之所在，卽不易確知各該法制的使命何屬，無非以貌取人，失之子羽，究其極，不過知其然，而仍不知其所以然也。況傳統文化如能繼續存在，縱其固有法系因時代關係而難永久維持，但仍對於該民族團體新興之法制，有莫大之影響焉。反而言之，某一法系下之法制，雖爲其民族文化孕育而成，但法制乃爲其民族政治中之骨幹，亦負有支持其民族生命，維護其民族文化之責任，則又互爲因果者矣。若不明瞭某一民族文化與其孕育而成之法系彼此相互間之表裡關係，僅從

該法系所表現之法制而爲觀察，實非探本追源之論也。

(乙) 中國傳統文化與其法系之關係：中國固有法系爲世界最古法系之一，在世界各大法系之林中，具有其燦爛光明卓爾不羣之風格，獨樹一幟，與衆不同。吾人固知文化爲人類精神所創造而特有者，惟自古以來，法系林立，但既同爲人類所創造，自不能無彼此相同之點。然終因民族生活因時代環境而分別形成，從而民族文化自各有其特徵，其所孕育之法系及其所表現之法制，遂各自成體系，對庭相抗。例如印度古代法系之特色，在以階級制度爲其背景；回回法系之特色，在以可蘭經典爲其依歸；歐陸法系之特色，在以羅馬法爲其基礎，而重視法典之編纂與創作性；英國法系之特色，在以習慣法爲其淵源，而重視成例解釋與保守性。凡此皆足以說明各法系之特徵與其民族文化之關係。中國傳統文化簡言之，係以人類幸福爲領域，以倫理道德爲基礎，重視個人對社會之義務，輕視個人對事物之權利。蓋古人所謂治國平天下者，雖所指之天下非屬今日之全球人類，而其努力之方向則爲此也。並從人類本性上重視人倫之序，道德之行，以推己及人爲念，以盡己救世爲旨，以及所謂親親之義、中庸之德、忠恕之道是也。故其所影響於固有法系下之法制者亦在此焉。雖在文化之創造方面，有如指南針、印刷術、火藥、織造以及票據制度等等首先爲中國人所發明，而朱子補註大學格物一節云：「格、至也、物、猶事也，窮至事物之理，欲其極處無不到也。……物格者，物理之極處無不到也」，亦極富於科學精神。惟因無瓦

特 (Samuel Watt) 牛頓 (Sir Isaac Newton) 之偶爾發現物理其情，且因偏於倫理哲理不斷追求，致使科學的文化爲泰西迎頭趕上，此不是爲中國人病也。同時重視民本思想，對於民有民享觀念極爲充沛，既無需乎民主觀念的特別顯著，而以爭權奪利稱之爲「權利」，亦非中國固有文化之所喜。且文化而趨於民主的色彩亦泰西國家近數世紀之事耳。從而中國之傳統文化，當據易經賁卦象辭，所稱：「文明以止，人文也，……觀乎人文，以化成天下」；其所謂人文，係指詩書禮樂及人倫之序，故聖人「觀人文以教化天下，天下成其禮俗」，此即文化之成效所在，而望其發揚光大之耳。本於此一基本觀念而言其所孕育下之固有法系，其所表現之法制既已數典卽難忘祖，雖係萬變莫離乎宗，其一切形成發展，皆繫於此焉。

二、中國傳統文化對於其固有法系之支配究屬如何共同推進

任何民族團體文化並非出自個性而係創自羣性，換言之，並非天才個人所能獨創，而係同一民族生活大衆不斷努力之結果。同時，文化亦非出於靜止狀態而係在變動狀態中求其發展；或謂文化非係一種「存在」，而係一種「演變」，卽此故也。羣性之程度愈強愈濃則文化之效驗愈爲顯著，演變之時空愈久愈遠，則文化之功能愈有價值。中國傳統文化自有史以來卽見中國文化之產生，並延展而至東亞一帶，所謂東方文化實以中國文化爲其重心也。且中國文化之本身，更富

於羣性之發展，不斷融合各種相異之文化而成其體系，表現於固有法系下之法制既受其支配而興起，竭盡其職責而爲中國文化之保障，此又兩者共同推進之道也。茲再分別就下列諸點以明之。

(甲)就中國文化結構上而言其與固有法系之共同推進：中國固有文化之主流係創自本土，不特英人洛斯(G. Ross)羅素(Russel)、韋爾斯(H. G. Wells)法人羅蘇爾(O. L. Rossomny)等，早有如此承認；且自遼寧、沙鍋屯、山東城子崖、山西荆村西陰村、河南仰韶村、甘肅齊家坪等地有關於新石器時代之發掘，而推知當時民族生活方式，更爲有力證據。此當爲中國文化之肇始，而此已散佈於各地，並非僅爲一部族而逐漸併吞他部族乃致擴大之形態耳。特再加以分別敘述。

第一、先就中華民族之多元性而言：中國文化最初形態僅以有史時代之華夏民族之華夏文化爲論，卽知其然。而華夏民族顯非由一部族爲主，逐漸擴大，實係融合各部族而交錯其文化，遂形成中國早期之固有文化。若考其史蹟，則文獻俱在，原不必詳及之。然述其大概，則古籍上元后之稱謂，四岳萬國之記載，其他如關節語與孤立語之雜見古代人名事名，足證我國文化之出諸多元耳。再者，今人論史，或以燧人伏羲爲海岱民族，炎帝神農爲江漢民族，黃帝顓頊爲河洛民族，雖如此分類，未必洽於史實，唯我國古代南北各部族之文化，絕非出於一型，當可斷定。按自黃帝炎帝阪泉一戰而後，姬姜兩姓同地雜居，世爲婚姻，其他各族，漸融合於此兩族系統之內