

二十世纪中华法学文丛 ⑦

法律进化论

〔日〕穗积陈重 著

中国政法大学出版社

二十世纪中华法学文丛

法律进化论

(法源论)

〔日〕穗积陈重 著

黄尊三 萨孟武 译

陶汇曾 易家钺

中国政法大学出版社

31010

图书在版编目(CIP)数据

法律进化论/[日]穗积陈重著;黄尊三等译;王健校勘.-北京:中国政法大学出版社,1998

(二十世纪中华法学文丛)

ISBN 7-5620-1635-6

I.法… II.①穗… ②黄… III.①法的起源 ②法(法律)-发展 IV. D903

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 01988 号

丛书编辑 丁小宣
责任编辑 丁小宣
出版发行 中国政法大学出版社
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号(100088)
电 话 62228801 或 62229803
经 销 全国各地新华书店
印 刷 国家统计局印刷厂
版 次 1997 年 12 月第 1 版
印 次 1997 年 12 月第 1 次印刷
开 本 850×1168 1/32
印 张 15.625 印张
字 数 400 千字
印 数 0,001-4,000 册
定 价 17.00 元

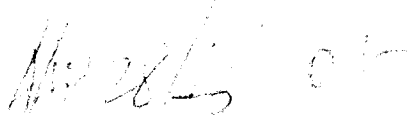
二十世纪中华法学文丛

总 序

二十世纪是中华文化经受空前巨大、深刻、剧烈变革的伟大世纪。在百年巨变的烈火中，包括法制文明在内的新的中华文明，如“火凤凰”一般获得新生。

大体上讲，二十世纪是中国法制现代化的世纪。这一个世纪的历程，不仅仅是移植新法、开启民智、会通中西的法制变革的历程，更是整个中华文明走出传统的困局、与世界接轨并获得新生的历程。百年曲折坎坷，百年是非成败、得失利弊，值此新旧世纪交替之际，亟待认真而深刻的反省。这一反省，不仅有助于当代中国法制建设的深入，亦有助于推进新世纪中国民主与法治社会的形成。这一反省，是一项跨世纪的伟大工程。作为这一工程的起始或基础，我们应全面系统地检视、总结二十世纪中华法学全部学术成就，并试图作初步点评。为此，我们特郑重推出“二十世纪中华法学文丛”。

1898年，光绪皇帝接受康有为、梁启超等人建议，实行“新政”。中国法制现代化的事业于此开始萌动，但旋即夭折。



四年之后，在内外剧变的巨大压力下，这一事业再次启动。1902年，清廷命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣，设修订法律馆，开始翻译欧美各国法律并拟订中国之刑律、民商律、诉讼律、审判编制法等新型法律。这一年，应视为中国法制现代化的正式开始。自此，中国法律传统开始发生脱胎换骨的变化：以五刑、十恶、八议、官当、刑讯、尊卑良贱有别、行政司法合一为主要特征且“民刑不分，诸法合体”的中国法律传统，在极短时间内仓促退出历史舞台，取而代之的是一个又一个令国人颇感生疏的新式法律体系和法律运作机制。不惟是，一套又一套从前被认为“大逆不道”、“不合国情”的法律观念——“民主”、“自由”、“平等”、“法治”、“契约自由”、“无罪推定”、“制约权力”、“权利神圣”等等，随着新型法律制度的推行一起被带给了人民，使人民的心灵深处渐渐发生革命。与此同时，近代意义上的中华法学，亦与“沟通中西法制”的伟大事业相伴而生，渐至发达。出洋学习欧美日本法律成为学子之时尚，法政学堂如雨后春笋，法政期刊杂志百家争鸣，法学著译如火如荼，法学成为中国之“显学”。据不完全统计，仅本世纪上半叶，全国各出版机构出版发行的法律和法学著译及资料，多达6000余种，总印行数多达数百万册。本世纪下半期，“法律虚无主义”一度盛行，为患几近30余年，中国法律和法学一派凋零。70年代末以后，国人痛定思痛，重新觉醒，中国又回到法制现代化的正轨，法律和法学重新兴旺和昌盛，法学著译出版再次空前繁荣。据估计，1978年至今，我国法学著译资料的出版多达万种，总印数可能在千万册以上。这期间，不惟基本完成了前人未竟的法制和法学现代化事业，亦开始了向法制和法学更高的境界的迈进。

这一个世纪的法学著译和资料编纂，是中国法律现代化历

程的忠实记录，是中华法学界百年耕耘的结晶。从“全盘欧化”、“全盘苏化”的偏失到“中国特色”法制与法学的探索，百年上下求索留下的这份宝贵的学术遗产，值得我们珍惜；即使仅仅作为一部时代的病历，也值得我们借鉴和分析，以期发现和治疗我国法制现代化过程中的常见病症。不幸的是，这份学术遗产，特别是本世纪上半叶的法学著译资料，现在正面临着悄然毁失的危险。由于印刷技术低下、纸质粗劣、馆藏条件落后，许多法学书籍破旧枯朽，不堪翻阅，有些甚至图文蚀褪无法辩读。加之种种人为的原因，那些汗牛充栋的法学资料长期尘封蛛网，很少有人记起，半个世纪的探索和成就竟被视若虚无。馆藏制度之限制又使借阅者困阻重重。人们常叹：《尚书》、《周易》乃至秦汉野史随处可得，几十年前的法学著译竟一书难求！此种文化“断裂”现象，实有碍于今日中国法律教育和研究事业之正常进行，亦有损于中国法律现代化事业之发达。以上诸端，不仅本世纪上半期的书籍如是，本世纪下半期的一些作品亦已经或很快将面临同样的命运。有感于此，我们遂有整理本世纪中华法学遗产之愿望及筹划，不意与中国政法大学出版社之设想不谋而合，是以有“二十世纪中华法学家文丛”之选印。

本“文丛”选印的书籍或选编的论文，纵贯二十世纪始终。凡能代表本世纪不同时期法律学术水平、法制特色，有较大影响且为当今中国法学教育研究所需要者，均在选印之列。即使是50至70年代间特定背景下的法律和法学作品，只要有历史文献价值，亦可收入。在选印的顺序上，大致由远及近，优先选印上半个世纪的著译资料。目前选印编辑的重点是本世纪前半期作品。本世纪后半期的法学成就，拟在以后条件成熟时再行整理。选本范围将不局限于内地学者的作品，还将涉及

50年代以后台湾、香港地区和海外华人学者的法学作品，因为他们的成就也是二十世纪中华法学不可忽视的一部分。除曾正式出版的单本著译外，还将汇聚若干法学家的个人文集，或重新编辑本世纪各个不同时期的法规、案例及习惯调查资料。不过，凡近20年间已为各出版机构再版的法学著作、译作，原则上不再选印。

为了保证选本的权威性、准确性，我们特聘请了6位本世纪上半叶即涉足法学或司法工作的前辈学者出任顾问。老先生们不顾古稀耄耋之年，亲自批点方案、确定书目、选择版本，并以口头或书面的方式提出了许多宝贵的意见。幸赖于此，我们的计划才得以顺利进行。

本“文丛”之选印，旨在集二十世纪中华法学之大成。为体现历史真实，我们将恪守“尊重原作”的原则，不作内容上的任何变动。即使有个别观点与今日不符，亦予以保留。作为不同时期的特殊历史记录，保持原貌更有利于比较和借鉴。为了使读者对每本书的作者及该书的学术地位等有一个必要的背景了解，我们特约请法学界一些学者为各书撰写关于其人其书的专文，置于书前。除此之外，我们所做的纯粹是一些技术性工作，如纠正原作的排印错误，注明原书所引事实、数据、名称之错误等等。为方便起见，可能将同一法学家的数个单行著作合而为一，也可能将原合印在一起的不同著作分开重印，还可能将当时或今日学人对其书或其人的有关评论或有关的图表、法规资料选附于书后。总之，尽可能使其全面、完整。

本“文丛”的选编校勘，是一项看似简单实则复杂艰难的工作，需要相当的学养和责任心。我们虽兢兢业业，如临深履薄，但仍难免疏漏。恳请各界朋友批评指正。除此之外，还期待学界朋友推荐符合本“文丛”宗旨的法学著译资料，与我们

共同完成这一跨世纪工程。

谨以本“文丛”献给中国法制现代化事业，献给中国民主法治的新世纪！

二十世纪中华法学文丛

编委会 谨识

1997年7月于北京

二十世纪中华法学文丛

凡 例

一、本文丛系有选择地整理二十世纪的法学经典文献，不作任何有损原意的改动，仅作适当的技术性加工。

二、原书为竖排版者一律改为横排。原文“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等等。

三、原书繁体字一律改为简体。个别若作改动会有损原意之，则予以保留。另加注说明。

四、原书无标点符号或标点符号使用不规范者，一律代之以新式标点符号。

五、原书无段落划分者，适当划分段落。

六、原书所用专有名称、专门术语（特别是外国人名、地名、书名之译名及学科名称）今日有更通用统一提法者，酌加改动或注明。

七、原书引用之事实、数字、书目、名称（包括人名、地名）及其他材料确有错误者，酌加改动，并加注说明。

八、原书排字确有错误，当时未能校出者，酌加改正，并加注说明。

九、个别特别重要的著译，酌于书后附上新编之名词索引。

十、原书某些附录确无保留必要者，不再编入，但加注说明。

校勘说明

穗积陈重(1856~1926),日本近代最著名的法学家之一,早年赴英国伦敦大学和德国柏林大学研习法理学和民法,是日本最早的法学博士;1882年起任东京大学法学教授兼法学部部长,后又参与民法等法案的起草工作,历任帝国学士院院长(1917年)和枢密院议长(1925年)等职;与其弟穗积八束、其子穗积重远,在日本明治和大正时代的立法和法学史上皆享有盛名。

穗积陈重的法学著述甚丰,其中法律进化论乃倾其毕生心血和精力矢志探索的一个法律史命题。据陈重本人讲,“余盖五十年来常思法律进化论者也”,“又深切感于研究著述之素志,万不可忘。”为此,他以牛顿“常思之而已”(By always thinking unto them)为座右铭,自励其志。又据穗积重远回忆,“余父虽以公务之多端,而从无一日废其研究著述者。”或一朝书成二页,或一日书成四页、五页,徐徐而成。即使晚年在病榻上,“亦横卧而反复诵读”,经医生劝阻,“乃使季女市河晴子于枕端读之,亲持赤色铅笔以听;遇有成为问题之处,即附记号,又使从头读起。”在这种艰难的情形下,陈重“犹频作手势,若书物然”,最终,“正执《法律进化论》第三册之笔而死,以遂其‘死而后已’之素志!”(《原质论》序)陈重对是书的酷爱之情及其对探索科学的坚定信念和毅力,由此可见。

《法律进化论》无疑是穗积陈重最重要的一部法学作品。按他原初的写作构想,“法律进化论”总目之下大别为“法源论”和“法势论”二部,拟分6卷12册出版。法源论论究法现象之发生状态,又更细别之为“原形论”、“原质论”和“原力论”三部。原形论阐述法律发生之形态;原质论研究构成法律元质之规范;原力论揭示社

会力量如何成为法律。法势论旨在论究法现象变迁之原理，亦细别之为“发达论”、“继受论”和“统一论”三部。发达论以法自发内在之原因（即法赖以存在之人种、民性、地势、政体、宗教、道德、舆论等）论述法律之进化；继受论就外因之进化（即以与外民接触为起因之外部之模仿、采择及外国学说所及于立法、审判等之影响）而论述法之发展；统一论则论述法之世界的进化，即法随文化之上进而表现出的世界化倾向，各国国民必至依其本国之特有法与世界之共有法以受支配。

秉承梅因和萨维尼的历史法学派观点，陈重在上述宏大的法学理论体系当中所要阐释的主题是：以19世纪的社会实证主义为其哲学基础，把作为一种社会现象的法律，置于变动发展的时间概念框架下予以观察，借助人文学、考古学、社会学、心理学、史学、语言学的方法，对世界上各民族、各时代千变万态、复杂无极的法现象材料汇类、比较和分割，揭示法律进化的普遍规律。这一学术旨趣及其所取得的研究成就，清楚地表明了陈重的历史法学派立场，也使该书成为一部比较法律史的名著。

但不幸的是，《法律进化论》在陈重生前仅得出版法源论中原形论之一卷二册；其余篇目“皆尚残阙”。第三册原质论前篇为穗积重远在植木直一郎、山田三良、志田钾太郎等人的协助下，对陈重若干已成或未成之遗稿整理补缀而成。因此，《法律进化论》虽有遗稿之存，“然已不能不断至第三册。”今之所见《法律进化论》实为一部未完成之作。

《法律进化论》三册问世后不久，即相继被移译成中文，作为上海商务印书馆“政法名著”丛书之一出版（该中文版第一册由黄尊三翻译，第二册由萨孟武、陶汇曾翻译，分别于1929年和1930年单行出版；第三册由易家铨译出，与前二册合订为一册，于1934年出版）。因出版年代距今已逾半个多世纪，不能适应今天研究阅读与参考使用的实际需要，有必要重新校勘。

本校勘以保持译作原貌与兼顾今天研读使用方便为原则，对原译著作如下几方面的技术性处理。

关于体例结构。原中文译本依照日文原本分排三册。第一册目次为冈野敬次郎“序言”、穗积陈重“自序”、“总论”、和“第一部法原论”之“上卷原形论前篇”中“第一编无形法”；第二册为“上卷原形论后篇”之“第二编成形法”与“第三编法之认识”；第三册为“第一部法源论”之“中卷原质论前篇”，目次分别为穗积重远“原序”、“绪言”、“总论”、“第一编信仰规范编”与“附录”。此分目当系陈重的原写作计划而成。但因原著体系庞大、分目复杂，全书又断至第三册，故合订本的目录层次颇显混乱，且页码各自起迄，不易索阅。现将穗积重远“原序”提前至穗积陈重“自序”之后；删除原书中“原形论前篇”、“原形论后篇”及“原质论前篇”分目标题；全书在“法源论”之下，分“原形论”和“原质论”二部；改原质论第一编为第四编，继全书连续编目，并连贯页码。

关于译名。本书所涉及各国法制史与法文化专有名称、人名与地名巨多，翻译时或音译，或意译，或音、意译结合；另外，不同译者、甚至同一译音对有些名词、术语的译法，亦互有差异。对此，作如下处理：①原为音译而今已有通行译名者，改为今译（如“英士替厂士法典”，今译“法学阶梯”）；②原未译出，而现已有通用译名者（如“卫城”），改为今译名，并将原名括注于后；③不同译者或同一译者对同一名称作不同翻译者，原则上以后一译名为准加以统一；④有些今天已有通行译法者，均改从今译名。为便于读者查阅参考，专门列“部分新旧译名对照表”附于书后。

除将竖排版改为横排版，繁体字改为简体字外，对中文原书中所用数字、标点符号、某些段落划分以及版式设计等，均按现行编辑规范酌加更改或调整。凡属原书中排版印刷错误者径改。

为便于读者了解穗积陈重的学术生平及其主要的法学思想，又专请华东政法学院何勤华教授撰写《穗积陈重和他的著作》一文，编

于书首。

对于法学旧著（包括译著）的编校整理，大抵有追求“原汁原味”与“合于今用”两种倾向。窃以为，整理保存有价值的法学经典旧著，不是将原作简单地影印复制，不能一味盲目地拘泥作品原貌，而应当在严格遵循作品原意的前提下，努力使作品合于今天的形式，惟此，才有可能使经典作品为更多的人研习和流传，保持作品永久的生命力。当然，对近代法学名著的整理，目前尚无多少经验可资借鉴；本书的校勘，也仅仅是一次尝试性的工作，加之本人学识浅陋，不当之处，诚望识者赐教指正。

王 健

1997年12月30日于中国政法大学研究生院

穗积陈重和他的著作

何勤华

—

穗积陈重 (1855~1926)，出生于四国伊予的宇和岛藩。先入藩校名伦馆学习，内容涉及汉学、国学（日本文化）、英语、算术和柔道等。1870年，他作为大学南校贡进士被选入东京，次年1月入学。1874年，开成学校开设了英吉利法学科，穗积陈重等9人作为法科学生入学。1876年8月，穗积陈重转道美国赴英国留学，10月进入伦敦大学。1879年毕业后，转入德国柏林大学学习，其领域涉及法理学、民法和立法论等。1881年6月，穗积回国，入东京大学（1877年由开成学校改名而成）法学部担任讲师，并在日本历史上第一次开设了“法理学”课程。次年2月，穗积升任教授兼法学部长。在此期间，他作为延期派成员参加了“民法典论争”，旧民法被否定后，他又参加了明治民法的制定，并发表了众多的研究成果。1912年，穗积辞去了东京大学法学部教授的职务，成为东京大学名誉教授，回归故乡。1915年，被授予男爵称号。1916年，成为枢密院顾问官。1917年任日本学术界最高地位的学士院院长。1925年出任枢密院议长。1926年4月去世。

穗积陈重一生著述甚丰，其代表性的作品如下：

《法典论》，明治23年（1890年）版

《隐居论》，明治24年初版，大正4年（1915年）再版

Ancestor-Worship and Japanese Law（《祖先崇拜与日本法》），明治34年

(1901年)初版,大正2年(1913年)第三版

The New Japanese Civil Code, as Material for the Study of Comparative Jurisprudence (《日本新民法典:比较法学研究的基础资料》),大正元年版

《法窗夜话》,大正5年版

《五人组制度论》,大正5年版

《法律进化论》,第一册,第二册,大正13年版

《实名敬避俗研究》,大正15年版

《法律进化论》,第三册,昭和2年(1927年)版

《神权说与民约说》,《法律进化论丛》,第一册,昭和3年版

《祭祀及礼与法律》,《法律进化论丛》,第二册,昭和3年版

《惯习与法律》,《法律进化论丛》,第三册,昭和3年版

《复仇与法律》,《法律进化论丛》,第四册,昭和6年版

《穗积陈重遗文集》,第一册至第四册,昭和7~9年版

二

穗积陈重是日本近代法律文化的主要奠基人,他的贡献是多方面的。

首先,他创造了日文汉字“法理学”(源自德文 Recht—sphilosophie,原译“法论”、“法哲学”)一词,创立了法理学这一学科。这一贡献,不仅对后来日本法学的发展产生了重大影响,也为中国人引入西方法理学开避了道路——中国最早的法理学的名称和内容,也来自穗积陈重等日本学者的成果。

其次,倡导和传播了资产阶级的法学观。第一,提出了不仅要确认公民在公法上的权利,也要维护他们在私法上的各种权利,传播、培育、保护这种权利意识,是法学家的历史使命;第二,在家族法方面,强调一夫一妻、合意婚(婚姻自由)、夫妻男女平等、离婚自由、财产继承平等,提倡妇女参加社会活动、提高妇女的文化水平;第三,通过《法典论》一书,系统阐述了法律是公民的自由和权利的重要保障形式;在《法兰西民法的将来》(1894年)中,

介绍并引入了当时法国最新的自由法学派的代表人物，如惹尼（F. Geny, 1861~1944）、狄骥（L. Duguit, 1859~1928）和萨来伊（Saleilles, 1855~1912）等人理论；在其著《法律进化论》（全3卷，1924~1927）中，除宣扬进化思想之外，也对欧洲其它各种资产阶级的法律学说作了介绍。尤其是在穗积的晚年，他对当时欧洲出现的社会主义法学思潮给予了较多的肯定，认为其虽未全部包摄真理，但许多观点都是切中（资本主义社会）时弊的。^{〔1〕}

再次，系统提出了法律进化论的思想。1884年，穗积指出：世界上的法律制度，一般可以分为五大家族（法系）：印度法系、支那法系（中华法系）、回回法系（伊斯兰法系）、英国法系和罗马法系（大陆法系）。这五大法律家族互相竞争、彼此消长，内中的规则是优胜劣汰。这方面最典型的例子是支那法系的解体。他认为，处于劣势地位的法族，如果不思进取，不搞改革或改良，那么，必然会被历史所淘汰。他指出，日本作为支那法系的一个成员，也面临着这一威胁。正是穗积的这种危机意识，为日本学习西方法律文化、改良本国法制提供了理论根据。在《法律进化论》一书中，穗积对法律进化的思想作了进一步的阐述（详见后述第三部分）。

与法律进化论相联系，穗积又提出了法律改良主义理论。他指出，全体国民，在遇到国家实行恶法虐政时，是抛弃祖国出走呢？还是力图对它进行改良？他认为应采取后一种立场，即要以百折不挠的精神，改良这种不法的“法制”，这是国民的义务。^{〔2〕}

最后，穗积陈重积极参与了明治民法典的编纂工作。1893年，日本在否定了旧民法之后，成立了法典调查会。该调查会由伊藤博文担任总裁，穗积陈重、富井政章和梅谦次郎任会员，仁井田益太郎等三人任候补会员。而其核心人物，无疑是穗积陈重。他在《法典

〔1〕 潮见俊隆、利谷信义编：《日本的法学者》，第68页，日本评论社1975年版。

〔2〕 同上书第60页。

论》中提出的法律是公民权利的保障形式的思想，他关于婚姻家庭进化的观点，他对日本习惯法的尊重态度，都深深地影响了民法典的体系、原则和具体内容。1896年，公布了民法典的前三编，即总则、物权法和债权法，1898年，又公布了后两编亲属法和继承法。整个法典于1898年起施行。穗积陈重的心血，也与民法典一起，融入到日本整个近代法律文化之中。

三

在上述穗积陈重的业绩中，《法律进化论》一书占有一个特殊的地位，因此需要单独作一些说明。

《法律进化论》是穗积陈重晚年的作品，全书共分三册。第一、二册出版于穗积生前（1924年），第三册是在他去世后由其亲属和朋友整理后面世的（1927年）。原书的框架结构为第一册：总论，第一部：法原（源）论，上卷：原形论前篇，第一编无形法。第二册：上卷：原形论后篇，第二编成形法，第三编法之认识。第三册：中卷：原质论前篇，总论，第一编信仰规范论。其涉及的问题主要有：

（一）无形法。穗积认为，“无法形之法，谓之无形法”（《法律进化论》第一章绪论，以下引用本书只注章节）。他指出，虽然，现代社会的法律都是有法形（公布）的法律，而且这种法律便于知道，便于执行。但法律并不是必须具有形体而后才能发生的，“在国家初期，关于法律事项，民信即法，始于刑罚争讼，后世普通法律，神、君主、僧长、族长、家长等权力者之意思，并祖先以来之习惯，有绝对的服从强制力。盖当时法权虽存，法规未现。法者，仅于潜在力状态之下而存在者也”（同上）。因此，法律的进化，是一个无形法向有形法发展的过程。

在指出无形法的定义、有形法起源于无形法这一规律之后，穗积对无形法的种类、表现、特征以及演化过程等作了分析。穗积认为，无形法包括：（1）“潜势法”，一种为人民公的行为之基础的社