

# 蔡枢衡的深刻性：以《中国法律之批判》 (1942年)为中心展开

程波\*

**内容摘要：**以《中国法律之批判》(1942年)为中心来解读和把握蔡枢衡的历史社会法则的“时间性”和“空间性”及其综合见解分析的路径,并在此基础上,来挖掘这种深刻性背后法学思想产生的内在机理。蔡枢衡的深刻性在于,从法理学的角度审视中国近代法学的发展,以及对关于中国法学的“幼稚”进行判断,尤其是他研究当时中国法的现状,并表达“去西方化与寻找中国性”的目标。但是如何“寻找法的中国性”,如何“去西方化”则产生了一个悖论:一方面,近代法学的“中国性”不能不“存”;另一方面,在中国法理自觉的发展中,“西化”未必能“去”,因为继受而来的西法,可以成为传统的一部分并被继承,从而被中国固有传统所内化。蔡枢衡所勾勒的近代中国法学变乱之背景,以及揭示各种新潮法理狼奔豕突的春秋笔法,无疑是对西方法学理论的一种有效的“祛魅”,并形成了具有中国气派的“法学”批判文风和传统,开启了近代西方法学理论的“中国化”、时代化和大众化研究的道路和方向。

**关键词：**深刻性 法律时空观 去西方化 寻找中国性

1942年1月,收入中国人文科学社丛刊,并由重庆正中书局印行出版的《中国法律之批判》,是西南联大法律系教授蔡枢衡(1904—1983年)的论文合集。该论文集由1篇正文(分6个标题)和6篇附录文章组成。<sup>[1]</sup>其中,附录中的文章,大都曾发表在《今日评论》、《云南日报·星期论文》等报刊上,用今天的评价标准来论,不能说是纯粹的学术论文,但这并不影响文章在中国近代法理学学术史上的分量。虽是距今70年前的论文,至今仍具有研究上令人振奋的生命力,笔者在反复阅读后,

\*湖南商学院法学院教授、法学博士。

本文系2010年度教育部人文社会科学研究一般项目“中国近代法理学的形成发展(1895—1949年)——以《法学通论》教科书为中心展开”(项目批准号:10YJA820005)的阶段性成果。

[1]蔡枢衡《中国法律之批判》正文中的6个标题分别是《法哲学及法史上二大问题》、《沈家本派及其反对派批判》、《法学的新立场及其应有之法律观和方法论》、《今日中国法之新认识》、《明日的中国法应有之面目和精神》、《建设新中国法学之基本原则和前提条件》。附录中的6篇文章标题依次是《西洋法律的输入》、《旧道德与新法律之矛盾及归宿》、《人治、礼治与法治》、《宪政与农人》、《抗战建国与法的现实》、《中国旧法制之合理认识》。1947年,蔡枢衡又自费刊行的《中国法理自觉的发展》一书,收录了作者1930—1940年前后撰写的论文和评论,合为7章。其中第2章“近四十年中国法律及其意识批判”,内容就是1942年《中国法律之批判》的6篇正文。原书附录的6篇文章,分别收录在《中国法理自觉的发展》的第1、3、5、6章中。清华大学许章润先生本着“积累中国法律思想,凝练汉语法意”之宗旨,以蔡枢衡1947年初版的《中国法理自觉的发展》一书为底本,又增收蔡氏壮年命笔的《罪行法定主义》、《刑法名称的由来》等6篇重论文,合为13章,旧著新刊,存记功德。本论文关于《中国法律之批判》内容的引用,均出自重庆正中书局1942年印行的版本。同时,亦参考了蔡枢衡《中国法理自觉的发展》(汉语法文学丛),即清华大学出版社2005年出版的版本。

仍为其深刻性所吸引,更令人佩服。读蔡枢衡的著作时,首先使人感到的是,那种贯通古今、博洽多学科,以及综合见解分析问题的才华。这里所说的综合见解之分析,亦即历史社会法则之“时间性”和“空间性”的见解。下面,笔者所要论及的,即蔡枢衡法律时空观的深刻性,以及这种深刻性背后所具有的法学思想产生原因。此外,为何蔡枢衡有关法律“时空性”的叙述总是那么深刻,这也是笔者的疑问,通过蔡氏这本小册子的论文中敏锐的论述,并由此出发,探求蔡枢衡时空性法则之所以深刻的内在原因。

## 一、跨越法学的批判

从沈家本变法修律到蔡枢衡西南联大时期的作品——《中国法律之批判》的出版,约有40年,历经晚清、民国北洋政府和南京国民政府三个时期,恰与蔡枢衡的成长经历相当。蔡氏生于晚清1904年,幼入私塾,少进新式学堂,在西式中学毕业后,直接去东瀛留学。在日本14年间,遍读牧野英一博士的著作,二进大学院研修刑法学,终列于牧野英一博士的门墙而受导师赏识。1935年回国,获推荐经考核执教于北京大学法学杏坛。1935年至1938年,业精于勤达刑法研究高峰,<sup>[2]</sup>4年内三获晋升,从讲师(1935年)、副教授(1936年)直至教授(1938年)。后随北京大学内迁,兼任西南联合大学教授,兼修法理与法史,开中国法律批判之先河。蔡枢衡的主要专业是刑法学,但他自师从牧野博士时就对法理与法史两方面均有兴趣,这一点,只要读一读这本《中国法律之批判》著作中所收入的文章,就不难理解。

20世纪40年代前的中国法理学,处在中国近代法学的形成时期,在中国法学近代化中,虽占有十分重要的地位,但论作品数量、论作品的成熟程度、论多数作品的理论水平所达到的高度,无论如何都不敢望与这一时期的文史哲比肩。<sup>[3]</sup>诚如蔡枢衡先生所言:“中国近代法学已有数十年历史。就其内容与实质言,纵谓中国尚无法学文化,似亦非过当之论。盖中国法学文化大半为翻译文化,移植文化。自然科学可以移植,法学则不可抄袭。”<sup>[4]</sup>

针对中国法学是“不出于翻译抄袭之境地”的“法学亡国”,以及除了翻译作品、抄袭的讲义教科书,法条解释之外,其质与量“均极感缺乏”的现实,蔡枢衡不仅主张,“今后中国真正的法学文化之建设,似应以法学之国家的民族的自觉或觉醒为起点”,<sup>[5]</sup>而且指出,“三十年来”中国法学“幼稚病”的种种症状:“十之八九的法学著作都显示着法和社会,法和哲学的脱节,法学的科学性之不显明,充其量只算成功了政治和立法政策的法律学,遗弃了法学的哲学性和社会科学性。”<sup>[6]</sup>蔡枢衡发现,这个时期中国法学的病象是“质低量微”,<sup>[7]</sup>而病因却是多方面的,既有“法律和社会不适合,和历史不联接”,<sup>[8]</sup>又有“第一是社会不需要;第二是学人的能力不够大”<sup>[9]</sup>的原因,他用“中国法学之贫困”<sup>[10]</sup>来

[2]蔡氏自1933年在《法律评论》发表“行刑之将来”一文为始,其刑法学研究在1934、1935、1936年达到高峰,陆续在上海的《时事新报》、《法律评论》、《北京大学社会科学季刊》上发表“刑法修正案初稿批评”(连载)、“教育刑主义概观”、“刑法文化之展望”、“罪刑法定主义之立法及解释”、“三十年来中国刑法之辩证发展”、“罪刑法定主义之检讨”、“未遂犯与客观主义及主观主义”等文章。

[3]何勤华先生亦认为:“中国近代法学在中国近代社会科学体系中一直处于落后的地位。比如,在史学界,罗振玉、王国维、郭沫若、陈寅恪等人的成果,曾为中国近(现)历史学赢得了杰出声誉。在哲学界和文学界,也分别有胡适、冯友兰等人的作品,以及鲁迅、巴金、茅盾、老舍等人的经典作品面世。而法学界,虽然民国时期也有5500余种法律著作出版,但经典作品不多。”参见何勤华:《法律文化史谭》,商务印书馆2004年版,第317页。

[4][5]蔡枢衡:《中国法律之批判》,正中书局1942年版,第80—81、80页。

[6]前引[4],蔡枢衡书,第6页。

[7]蔡枢衡:《中国法理自觉的发展》,清华大学出版社2005年版,第87页。

[8]前引[4],蔡枢衡书,第3页。

[9]前引[7],蔡枢衡书,第89页。

[10]同上书,第93页。

总结20世纪初期的中国法学。

作为蔡枢衡的一大学术贡献，即他从法理学的角度审视中国近代法学的发展，以及关于中国法学“幼稚”的判断，都可以证明他对法理与法史的兴趣从很早就开始了。至于为何蔡枢衡有眼力发现“三十年来的中国法什九是在幼稚的法学知识和短日时的起草中产生出来的”，<sup>[11]</sup>又是如何对中国法学幼稚和简单的一面进行尖锐批评和深刻分析的，个中缘由，都值得进一步研究。现代学人许章润在综括蔡先生诸文之意后，曾如是说：“通观全书，蔡氏对中国当下的历史中的法意与法制的省察，紧系对于本国族人生与人心的危险的体认，对于包括法制和法意在内的规模‘由东徂西’的不得不然及其深刻的悖论性质的提示，从而始终不忘以提升中国国族的人世生活与人间秩序为依归，从中国为世界的一部分一环节、世界乃是一个由强权控制着不平等秩序这一‘世界眼光’着眼而进求着手。正是这一点，使得蔡氏高出侪朋，既无乡愿之气，亦得避免一般西化背景学者的浮夸与天真，成为本世纪中国法学史上屈指可数的终成善果者。”<sup>[12]</sup>

许章润对蔡枢衡关于“法律的文化自觉”，多有“反思、评品”和“同情的了解”，并用“一唱三叹，掷地有声”来赞评蔡氏有关“法学文化”亦即殖民地文化别名的精辟论述，进而指出蔡氏“其主旨在说明当日的法学从业者除大规模研异域法理与法制，更须对包括当下生活在内的本国族的人世生活与人间秩序进行新时代条件下的描述和反省，进而体认、复核和解析这个国族的最高人生理想和美好人世憧憬”。<sup>[13]</sup>在许章润先生慧眼般的解读烛照下，笔者仍将聚焦蔡枢衡《中国法律之批判》(1942)文本，以期能更深入地解读本文论题——“蔡枢衡的深刻性”之内在原因。

据蔡枢衡自己讲述，这本《中国法律之批判》的小册子是在1940年春假中，用很短的时间写成的。其写作背景是：“四十年来，制度上的诸般‘洋货’大半是用实现中国自己理想的形式输入中国的。事实却告诉我们，因为近百年来殖民地性的民族身份——不平等的国际关系在作祟，使我们的理想和现实始终不相同；理想的实践也和理想自身不相符。因此，除了批判固有文化之外，理想自身的批判，把理想作标准的现实检讨，‘外来的’和‘固有的’二者的有机结合，都是抗战建国过程提供给人们的历史课题，也是今日的文化人应有的使命。”<sup>[14]</sup>

在这样的背景下，蔡枢衡精阐法意，坚秉学人理性，怀持文化自觉，集中对近代中国法律及其意识进行批判。在《中国法律之批判》的正文第一部分中，蔡枢衡多处论及“法律与社会”的互动，开篇就提出一个生动的判断：“三十年来的中国法和中国法的历史脱了节，和中国社会现实也不适合。”这种法律和社会不适合，和历史不连接的“问题大得可怕，而讨论的量小质微又足惊人”。<sup>[15]</sup>在《抗战建国与法的现实》一文中，蔡氏还特别交待他关于中国法的现实作一简略之自我批判的初衷：“法学为文化之一部，其质与量均与国家文化水准有关。苟欲推行法治，提高法学水准，师资、学制、课程及立法者、学人、司法官及律师四者，均须改进。法治之树立，似应以此点之革新为根据。”<sup>[16]</sup>

证据比论述更重要。以下所列的是蔡枢衡《中国法律之批判》正文中精彩的片断。蔡先生认为，中国当时接受西洋近代的和现代的新法律，既是沈家本派（与沈家本的意见大体相同的一群）的政策论胜利的记录，又是反沈派（沈家本派相反的一群）的国情论失败的表现。但从两派的观点看，各自有“不可救药的致命伤”。<sup>[17]</sup>三十年来的中国法律、法学和法学人士，大体上都是这种胜利记录的继承和

[11]前引[4]，蔡枢衡书，第39页。

[12]许章润：《法律的文化自觉——蔡枢衡与〈中国法律之批判〉》，载许章润：《法学家的智慧：关于法律的知识品格与人文类型》，清华大学出版社2004年版，第114页。

[13]同上书，第109页。

[14]蔡枢衡说“从另一方面看，理想和现实不符的原因，理想之实践而不彻底，和不能彻底的原因之科学的探求，‘外来的’和‘固有的’二者之有机结合等等也多被忽略了。”参见前引[4]，蔡枢衡书，第2页。

[15]同上书，第1—2页。

[16]同上书，第81—82页。

[17]同上书，第4页。

维护者。只要反沈派人士提不出新理由,在大多数法学人士眼光中,法律和历史不连接,和社会不适合,只是两个不成问题的问题,所以问题虽大,讨论会少。然而,问题的真正解答需要站在第三个立场。因此,只有分析了沈家本派及其反对派各自内在矛盾的必然表现,则我们对于沈派和反沈派之认识和批判,实为正确解答问题之先决条件。〔18〕

在“沈家本派及其反对派(批判)”即《中国法律之批判》正文的第二部分中,蔡枢衡结合清末变法修律近四十年的历史,对两派的观点分别加例举后,不惜笔墨,对沈派及反沈派的世界观、法律观和方法论,进行了跨越法学领域的批判。

第一,沈派取消了新法和社会不适合的问题;反沈派却肯定了新法和法律史不联接是反映客观现实的真理。蔡氏认为,两派的问题既是事实问题也是理论问题。一方面,沈家本派关于“问题的取消决不是问题的解答”,而反沈派“究比单纯取消问题办法高明一筹。”另一方面,由于“理论可以歪曲,并且可用常识来代替”,这样,反沈派的处境较沈派有利。加之沈派对于“脱节的看法虽期期以为不可,而说不出理由”,或因“一般人自然免不了没有判断的标准,结果只有因宣传中毒而动摇或投降。所以整个说来,沈派的人数虽多,事势却十分不利”。〔19〕

事势虽不利于沈派,但是,数十年来的立法政策,不论在积极方面,如法规和修订的指导原理,还是在消极方面,如经济方面丧失了独立自主性的结果,都是新颖的思想和学说,一贯支持沈派的立场。反沈派的见解,始终不得意于立法政策,即使与沈家本同时的董康,遇有机会“便站在反沈派的立场作主张”,或新刑法修订时,罗文干等主张恢复流刑,也未曾实现。但同时,蔡氏敏锐地指出:“民族自我意识之欠缺算是沈派先天的缺憾”。〔20〕在这里,蔡氏议论的中心主题提出来了,那就是大体上还处于农业社会的中国却接受金融资本主义的法律,“结果只落得二重不适合——农业社会和资本主义社会规范间不适合,农业社会和金融资本主义社会规范间的不适合”。〔21〕这一面向的批评,后来,李达在其《法理学大纲》(1947年)中,用马克思主义原理加以表达,李达如是说道:“法律是社会的上层建筑。上层建筑的法律,已进步到了帝国主义国家的法律的水准,而社会现实却落后到与殖民地状况相平行,最进步的上层,最退步的下层,这样大不相称的建筑,无疑的是不合理的。”〔22〕

第二,针对反沈派的注意只集中在历史,而忽略了现实,蔡枢衡亦指出,反沈派的民族自觉意识中,同时又“包藏着不自觉或反自我的成分。”在蔡枢衡看来,反沈派只限于农业社会,而遗漏了民族工商业,又因为视野不完全,遂给客观真实以“从人丛中”逃去的机会,不能把握住正体。结果只能意识着民族自我之落后形态,而不认识前进的因素,抓不住问题的核心。〔23〕而反沈派种种结论谬误的总原因或幼稚所在,是由于其看法不能超出农业社会的经验或常识范围,蔡氏认为,秦汉以后,这种从来没有变过质的社会生活经验,是一种变态的历史法则,成为增强确信循环历史观的好园地,以至于常把旧道德当作批评新法律的标准,这既是经验论的贫乏性的表现,又使得反沈派中的礼治论者陷入反法治的苦境。然而,礼是一种社会生活的道德,表现的形式是习惯。在某种意义上,礼、习惯和道德三者,不过一事异名,本质都是一种社会意识。把意识作为法律的标准自然是一种唯心论。在这里,蔡枢衡批评了反沈派将法律道德合一的“幼稚病”的种种表现,从法理上指出,法律和道德只有内容的相当,作用的重复,没有什么合一。如果把“礼”相对称的“法”,看作是“刑”,不仅和现代“法”观念根本不同,而且把历史上礼治和法治的论争场面搬到现代来应用,徒然开着时代错误的笑话。针对反沈派的“幼稚病”的另一表现,即主张“把法律手段达到礼治的目的”,蔡氏亦进行深刻的批判,他说,这“显然犯着不知礼法各自的长短的毛病。至于一面主张礼治,同时主张法治,那更是陷入了矛盾的深

〔18〕前引〔4〕,蔡枢衡书,第4页。

〔19〕同上书,第5页。

〔20〕同上书,第6页。

〔21〕同上书,第7页。

〔22〕李达:《法理学大纲》,法律出版社1984年版,第11页。

〔23〕前引〔4〕,蔡枢衡书,第9页。

渊,不可救药了”。〔24〕

第三,蔡枢衡认为,撤销领事裁判权是清末以来沈家本派变法修律(新法制)的目的和共同意识的所在。但这在沈派意识范围内,既没有意识到当时中国被殖民地化的身份,又对新法和历史不联接、和社会不适合两问题,始终抱着取消问题的态度,这两者都是断定沈派是唯心论的重要旁证。蔡枢衡接下来分析说,沈派关于撤销领事裁判权的目的有两个,一是“自强”而变法,二是“图强”而修律。这两者本质都是唯心论”。这是因为,“强不强的判断标准不是法律,而是社会组织和国力”,“法律促进社会发展的作用是相对的”。“法律对于社会发展只能推波助澜,不能兴风作浪,所以变法图强本质上也是一种唯心论”。〔25〕

第四,基于“沈派的目的观比反沈派的法律道德合一论胜一筹”的体认,蔡枢衡极其不屑地指出道,“也只是胜这一筹”而已。“惟一的关键不在撤销领事裁判和图强的目的或法律道德的合一,而在现实的次殖民地或半殖民地身份,沈派的政策和立场因为无意识的和近百年来现实的民族身份相适合,所以能占上风;反沈派因为没有正确把握住现实,所以终落下风。将来殖民地身份之丧失,自然也是沈派失足的契机”。〔26〕

凡此种种,蔡氏从“后发”国族被迫接受西式“规则”以应对眼前现实,解决火烧眉毛的急症,从仓促间不得不惘视本国族“事实”的法律移植的经历落笔,进而认为那些所谓“斟酌中国实际情形”,“依照最新立法例”的立法,既是“无我”和“次殖民地”反映,又不能改天换地,因而均算不上真正的良法。总之,在政治哲学和法律哲学上,蔡枢衡反对各持一端。他认为,若用世界眼光来看,“中国现代法律的内容”、“变法所产生的问题”都可以转归法律和社会的关系。而法律和社会的关系问题,既和国家及法律本质论有连带关系,又可从立法的本质和法律的目的或作用两点上看。〔27〕立法是记录社会现成秩序(风俗习惯),也是创造新秩序(风俗习惯);法律的目的和作用是便利国民生活的,也是搅乱国民生活的。在这里,蔡氏所谓创造新秩序(风俗习惯),乃是一个渐进、累积而且有限度的过程;而所谓“搅乱国民生活”,实指根据追求合理而美好的人世生活与人间秩序这一最高标准,对旧有生活适时而有限度的修正、变更或重新定义。且“搅乱”切不可越线,亦即能不搅乱最好,搅乱过甚,则为恶法。这种现代解读,恰与蔡氏因近代中国过度相信“变法”的神奇,而有立法者当以如履薄冰的心情细细体味者才能与之心意相通。〔28〕

## 二、法律时空观的深刻性

抗战全面爆发两年后,值此国族困顿但却民族主义昂扬之际,关注中国命运的知识界站在这个潮头,应时开展了关于宪政与抗战的讨论。想借此引起民众对宪政的认识,并将宪政的理论转化为救亡图存的工具。当时宪政理论水平很高并一直关注中国宪政问题的知识分子,以钱端升、罗隆基、王赣愚、傅斯年、罗文干等为代表。他们不但是这次宪政运动的积极参与者,还以《今日评论》(1939年1月1日在昆明创刊)为阵地,围绕这次宪政运动的主要内容,如政党、国民参政会、国民大会、五五宪草、期成宪草、地方自治等问题,积极阐发自己的看法。这种民间呼求“宪政”之声,很大程度上与执政者打着宪政牌收拾在野势力的用心有关,并不见得对宪法宪政抱有信仰与信心。本来,与敌作战期间而高谈宪法宪政,这件事本身就非常奇怪,而“时贤以为有一白纸黑字的宪法即可‘团结人心’,未免太过乐观了”,〔29〕梁漱溟先生甚至直言,宪政在此时实属“文不对题”。〔30〕蔡枢衡亦撰文指出“自二十八

〔24〕前引〔4〕,蔡枢衡书,第15页。

〔25〕同上书,第9页。

〔26〕同上书,第16—17页。

〔27〕同上书,第59页。

〔28〕前引〔12〕,许章润书,第110—111页。

〔29〕何永佑:《从大政治看宪政》,《战国策》1940年第5期。

〔30〕前引〔12〕,许章润书,第104页。