

二十世纪中华法学文丛

docsriver.com
淘书网书店

法律进化论

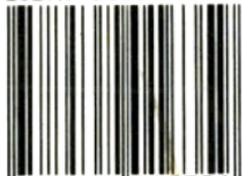
〔日〕穗积陈重 著

中国政法大学出版社

《二十世纪中华法学文丛》书目

- | | |
|------------|---------------------|
| 比较宪法 | 王世杰 钱端升 著 |
| 法律教育 | 孙晓楼 著 |
| 中国民法总论 | 胡长清 著 |
| 国际私法的理论与实务 | 卢峻 著 |
| 民法要义 | 梅仲协 著 |
| 华洋诉讼判决录 | 直隶高等审判厅 编 |
| 法律进化论 | 〔日〕穗积陈重 著
黄尊三 等译 |

ISBN7-5620-1635-6



9 787562 016359 >

责任编辑：丁小宣

装帧设计：魏宏生

ISBN 7-5620-1635-6

D·1595 定价：17.00元

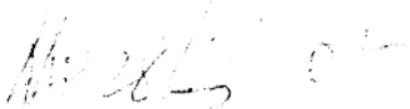
二十世纪中华法学文丛

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，不作内容上的任何更动。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，借助人类学、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，有必要重加校勘。

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辟了道路——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，仅于潜势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

会力(量)。在人类的早期社会,它体现在民意、神意和君意之中,至文化社会,它又体现在公平、正义、自然法、条理、自由幸福、经济的价值基础等之中。(2)“规范法”,是民意、神意和君意依发见或宣言而形成的一种规范。这种发见或宣言,有习惯、各种各样的神明裁判,誓审,神托立法,君主的命令,以及人们从公平、正义、事理、自然法等等中引申出实定法规等(穗积称此为“法的第二次发见”)。(3)“记忆法”,是未有文字或虽有文字而未普及以及少数人垄断法的知识时的表现方式。它通过长老、祭司的记忆、口传谕诵(有时表现为诗歌、谚语等),使先例、典故、习惯等无形法得以代代相传。

(二)成形法。穗积认为,随着人类文明的进步,法也从主观无形转变为客观有形,即成形法。穗积指出,在人类社会各个阶段,成形法曾表现为多种形态,如绘画法(将法的内容绘于柱子、墙壁和宫门等)、文字法(将法律铸于鼎、孟等器皿或刻于木板、竹片上)等。

(三)法之认识。在对无形法向成形法发展之进化过程、表现及其特征等作了分析之后,穗积进一步就人们对法的认识之进化过程展开了论述。他指出:“在潜势法时代,人民不能预先知法,故关于法的知识之问题,实发生于规范法时代。然进至规范法时代以后,其在无形法时期,法的知识为特权阶级所专有,仅有秘密法。到民主的社会,则有惯习法而为谚语体之公知法。其在成形法时代之初期,法则分为秘密法、训令法及公知法三种。关于此等法的知识之进化,固因民族及地域而不同,若概括言之,则第一期为绝对不知法的知识之潜势法时代;第二期为禁止民众知法之秘密法时代;第三期为对于国家机关命其知法,对于民众许其知法之颁布法时代;第四期则为民众要求知法之公布法时代”(第三编第一章)。穗积认为,上述四个时期之法律进化,虽然就该时代之法律的主要形态而言,各个国家不一定相同,且有同时并存数期之状态者,乃至缺乏其中之一状态者。但若以法之知识为基准而略述法律进化之时期,则大体是遵循上述规律的。穗积最后总结道:“要之,法律之进化,为社会

力之自觉史。当法在潜势状态之时，人民尚不能觉察其由各自团结之力，而拘束自己，其状犹夜行于黑暗之中也。乃乎规范法既已发生，则法之知识，乃存于治者，人民虽知有羁绊自己之准则，而不能见其形态，其状犹东方渐白，将近于晓也。至成形法公布时代，则始如朝曦破晓，而升东天，各人仰而浴于阳光，俯而顾及己影矣”（第三编第七章）。

（四）“太朴”与法律。穗积陈重指出，他研究法律的进化，是分两步走的。一是探讨法原（源）论，二是研究法势论。前者又分成原形论、原质论和原力论三部分。法势论又分为发达论、继受论和统一论三部分。法原论中的原形论已如上述（即从无形法向成形法的进化），原质论则主要阐述法的原质之信仰规范、德义（道德）规范和习俗规范之三大统制力，而顺次论述其法（律）化。而信仰规范中，最重要者便是“太朴”（其他两项为“祭祖”和“图腾”，但对此穗积因去世而没有能够作出论述）。

按照穗积的解释，禁忌（Taboo）^{〔1〕}者，为接触神圣或污秽之事物之禁忌，犯之必蒙灾害，由此信念而生之习俗也。（第四编第一章）。穗积认为，这种为低级文化民族间所存之普遍的现象，所有民族，皆一度经历禁忌之习俗，始惯于有规律之社会生活，穗积指出，禁忌之俗，始于现今之“坡利内西”群岛、“美拉尼西”群岛，不仅在太平洋中诸岛最为盛行，即在印度、非洲、美洲及其他世界各方面，有此习俗之民族也颇多。

在对禁忌的含义和起源作了解释以后，穗积又对禁忌的种类、它的成立和设定，它的分化，以及禁忌与法律、宗教、主权（其实是君权）、婚姻、刑法，禁忌的作用等问题作了深入细致的说明。

〔1〕 禁忌原指南太平洋波利尼西亚（旧译“坡利内西”）等族人禁止与圣物或不洁物相接触否则将招致超自然力惩罚的观念或其实践。后泛指人类早期社会的禁忌规范和习俗。

通过对上述四个方面的详细论述，穗积揭示了法律进化论的内涵与本质，以及其若干规律，即“法律进化论者，法之时观也。法现象有静状与动势二种，究其静状之原理者为法律静学，究其动势之原理者为法律动学。法律进化论，属于法律动学，与法以纵的观察，此非一时的现象，乃为继续的现象。换言之，一定之时期之法，非成于一且，乃过去数十纪间社会的势力之积聚而成之者也”（自序）。但是，法的这种变迁“决非无秩序偶然的事件之连续，在此千态万状法现象之变迁中，必有普遍的通素之存在。法律进化论，即阐明此普遍的通素；换言之，即以阐明法现象之时间的推移之原理为其本领者也”（第一章绪论）。应该承认，穗积的这一观点，已经揭示了法律发展进化中的部分规律。诚如日本神户大学教授松尾敬一所指出的那样：穗积在《法律进化论》中阐述的思想，其最终的目标是追求法律进化之顶点的民主主义和国际主义。^{〔1〕}因此，穗积的成果，对现代法理学、法史学、法社会学和法人类学等的发展都有重要的指导意义。

穗积陈重的法律进化论思想，曾受到了达尔文、萨维尼、梅因等人学说的深刻影响，但穗积的可贵之处，是他不囿于西方学者的陈见，在引用他们观点、分析具体问题时又多有创意。比如，在本论“禁忌与法律”中，他就指出：“人类现象，决非如近代欧洲学者所想像：其原始状态为自由自主毫无束缚，亦决非由不羁之独立生活突然移至整齐之国家生活；盖一团体进化发展而为国家的组织，以至其团员之份子皆营法律的生活，必亘数百年或数世代之长岁月与许多之准备。”正是这种创意，使《法律进化论》具有了独立的学术价值。同时，穗积在《法律进化论》一书中对世界各个民族早期习俗、社会规范等的广泛涉猎，对人类学、历史学、考古学和社会学等成果的大量引用，以及历史主义方法和比较方法的纯熟运用，也

〔1〕 前掲潮见俊隆、利谷信义编：《日本の法学者》，第66页。

使《法律进化论》一书具有了人类早期法文化史百科全书的性质。

令人可惜的是，《法律进化论》一书并没有完成。如上所述，按照穗积原来的计划，是要写作两部六卷十二册的巨著。他在第三册的绪言中指出：第一部法原论，计划写原形论、原质论和原力论。原形论主要阐明法律于如何之形态而发生者；原质论要说明如何种类之规范为法律之元质；原力论则试图说明如何种类之社会力量如何成为法律。第二部法势论，计划写发达论、继受论和统一论。发达论将基于法之内因的进化，基于人种、民性、地势、政体、宗教、德教、舆论等，在其法境中自发内在之原因，而论述法之进化；继受论欲就法之外因的进化，即与外民接触为起因之外法之模仿、采择及外国学说所及于立法、裁判等之影响，而论述法之发展；统一论则因法之世界的进化，即法随着文化的上进常有世界化之倾向，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。从穗积的这一计划，可见他构思中的《法律进化论》的博大完整之体系。然而非常遗憾的是，穗积只完成了该书的一小部分，即第一部法原论中的第一部分原形论和第二部分原质论中的第一项信仰规范中的第一个问题（禁忌）。^{〔1〕}这不仅是日本法学界的重大损失，也是世界法律文化发展史上的一大缺憾。只有一点是值得欣慰的，那就是通过上述三册不完整的《法律进化论》，穗积陈重关于法律进化的基本观点，已经比较清楚地传达给了学术界及广大读者。

1997年11月8日于
上海·华东政法学院

〔1〕当然，由穗积陈重的长子穗积重远整理出版的《法律进化论丛》（全四册）在一定程度上使穗积陈重关于法律进化的一些思考、见解得以面世，但这毕竟无法展示其构思中的《法律进化论》的整体风貌。

序 言

穗积博士为日本法界之先觉，儒林之耆宿，社会人士，靡不受其薰陶教化。前年辞退大学讲席，潜心为法理之研究，概观通察古今东西变迁无穷之法现象，汇类而比较之，分割之；且详穷其异同之由来，而求其间一定之普遍性，穿凿纵横，考查该博，苟有关于斯学，虽纤介之微，采摭无遗。近乃构稿整编，锻炼推敲，重为删润，始完成其一部，题为法律进化论。更别之为法原论及法势论二门；法原论论究法现象发生之状态，法势论阐明法现象变迁之法理。前者中属于原形论者，既已脱稿，其余各编，待他日完成，继续公刊。此书为博士多年苦心之凝结，一经问世，知裨益于日本之学界、法界匪浅也。

大正十三年六月
冈野敬次郎 谨识

自序

法律进化论者，法之时观也。法现象有静状与动势二种；究其静状之原理者为法律静学，究其动势之原理者为法律动学。法律进化论，属于法律动学，与法以纵的观察；此非一时的现象，乃为继续的现象。换言之，一定之时期之法，非成于一旦，乃过去数十纪间社会的势力之积聚而成之者也。

本书全部拟分六卷，兹先取第一部上卷，付之公刊，其余各部，不论次序，只视法案成立之迟早，随时别册刊行。

本书立案，极期慎重；然浅识如余，其断案举证，难免不无谬误，尚希明达之士，有以教正之。

大正十三年五月中旬

穗积陈重

“原质论”原序

余父穗积陈重歿后十月之今日，其遗著之《法律进化论》之第三册出版，实不胜其无量之悲，又不胜其无限之喜矣！

所不可忘者，为大正十四年十月余父拜枢密院议长大任两三日之后之事。余偶至父之书斋，发见一小屏风，此小屏风掩蔽余父在书案上之正面真容，使余至今尚不能见者也。此屏风为嵌有色纸者，色纸之上，有余父之亲笔：上部横书座右铭，中央则有 By always thinking unto them，下部则书 Sir Isaac Newton。应余之问，余父例皆谆谆语其由来。余兹虽不必尽揭其谈话，然应举其要点如次：

或有问人者，先生对于牛顿，何以有此等种种之大发现？其人答曰：“常思之而已”！余每读此语，辄表深遂之共鸣。余盖50年来常思法律进化论者也。虽50年来思之重思之，然余计划之六卷十二册中，仅得公布一卷二册，上对先哲，宁不羞耻？然在常以研究著述为念而日夜不敢或忘之一点上，亦不必自让于牛顿，特未以其精语揭诸座右，奉为格言。今者，不图以余身而承大任，敢竭微力以报皇恩，余盖思之屡矣！又深切感于研究著述之素志，万不可忘，爰书牛顿此语于目前，以自励其志。

此后余父虽以公务之多端，而从无一日废其研究著述者，其毅力使之然也。早起之余父，所谓“朝饭前之工作”，以书原稿为常。今朝书成二页，今日书成三页，或一日书四页、五页，为其科日之起居注焉。《法律进化论》第三册之原稿，即如此徐徐而成者也。

何期翌岁大正十五年春尚浅之四月初，偶卧数日之病，而余父竟长逝！其勉力于职务而未能充分行其志之遗憾；而其渐脱稿之《法律进化论》第三册之原稿，为余父如何所眷恋者乎？今如原稿中

题为“禁忌与婚姻”之一章，一见即可知当时余父眷恋此书之情形：余父例喜诵读，即在病榻，亦横卧而反复读焉；经医师制止，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。而在此种情形之内，容态急变，其意识渐不清明时，犹频作手势，若书物然，是即余父正执《法律进化论》第三册之笔而死，以遂其“死而后已”之素志！而眷恋此书之至如何程度，可想见之。悲夫悲夫！

因此之故，余欲以此《法律进化论》第三册单独公之于世，在余父死之一瞬间，余等已熟虑之；而此工作当然为余之责任自进而分担——与其谓如此，无宁谓殆为全部担负。——其责任者，植木直一郎君也。君为 13 年来父之著述之协助者，尤以《法律进化论》之出版事务，最初即由君担当之；而此第三册之编辑出版，自遗稿之整理排列以至印刷之指挥校正，目次索引之编成，胥有赖于君。此为在著者死后特别感困难之事，余虽通读整理完毕之原稿，而过目最后之校对，然每难于续成之部，或用语不明之所，将如何以续之？又如何以释之？嗟乎！不独无可确问之人，而其人且弃余以去，今对植木君，余之感想为何如乎？但无论如何，《法律进化论》第三册，已形成为余父至最后尚不绝笔之原稿，其得依活字而公之于世者，皆偏劳于植木君，此不仅余之感谢，余父亦含笑九泉矣！

《法律进化论》第三册，为第一部法源论中卷原质论前篇，而著者以原质论之第一编为信仰规范篇，先论“禁忌”，欲次论祭祖与“图腾”。然因“禁忌与法律”一部尚未成功，故仅以此充第三册。此部之原稿中，前半似已完成，而在本论第二章之末，似尚有若干未完成之处。关于第三章“禁忌与婚姻”之部，著者至最后尚表示其未尽满足，已如前述。第四章“禁忌与财产权”及第五章“禁忌与刑法”之两章，不过为土方教授在职 25 周年纪念私法论集所载“禁忌与法律”中相当部分内加以若干之改订者，尤以第五章系断片的书成而排列者也。在此等点上，虽有不少之遗憾，然人亡时去，亦无

可如何！至第四章以下及附录之头注，则系编辑者所附。

著者最初预定收录大正八年二月帝国学士院第一部论文集邦文第二号所发表之论文《关于讳之质疑》以为本册之附录，然其后，此论文改题为“实名敬避俗研究”以单行本而再版，在印刷进行中，父歿，其书于父死二月后始出。兹代以前记之“禁忌与法律”为附录而载之，实则《关于讳之质疑》为本册内容一部之详论，以之附录，最为适当。“禁忌与法律”，则大部分为重复，虽然，其在前半，可以示知著者如何改书旧稿以事扩充，而有对照上之兴味；其在后半，可以窥知旧稿有补填新稿缺陷之处。而旧版之论文集，或其他印刷物，及今颇难入于手中，故以旧著再版之意味，兼附录之于此。

本书前两册各有数叶之照片，皆著者相当苦心用意者也。至第三册，似尚未至用意于此之程度，余等亦未曾闻及关于此点之何种计划。故此种照片，若非在著者之生前，殊不可得，乃另插照片四叶以为纪念遗著之意味。卷头所揭之二叶，为著者在书斋，本书本册原稿执笔时之写真，及前述与此遗著有直接因缘之有座右铭之“屏风”之写真也。又在卷中，以著者亲笔原稿之照片二叶插于其相当之处，可以仰见推敲添削之迹：其一为新起稿部分之原稿，其一为将前述“禁忌与法律”旧著配合原稿中修补之部分之原稿也。凡此实非初稿，而改至二回三回之最终稿上所书者，更眷清校阅以付印刷所，此为余父向来之办法也。

本书全体之计划，虽发表于本册绪言中。然前途极辽远。第一部法源论中之原质论后篇及原力论，第二部法势论之发达论、继受论及统一论，皆尚残阙。余父篋底，虽有遗稿之存，然此大计划之续行，到底未能实现。故关于《法律进化论》之本身，虽为遗憾，然已不能不断至第三册。其属于全书之遗稿，余欲节节整理之，在《法律进化论丛》之总名下，顺次刊行数篇之单行本。

又关于本书本册之刊行，有不可不特笔者，即穗积奖学财团视为其事业支出版费是也。此财团从来对于本书第一册、第二册及

余父著书之主要部分，负担出版之任。余父对于此财团之参加者及理事评议员诸君，其如何感谢之深，为所共悉。至父歿后，更由理事山田三良先生及志田钾太郎先生之尽力，与故旧各方面之同情，得加倍此财团之资产，以本书本册之出版为第一着手之事，俾余父之遗志得遂，实属意外之幸。余父于本书第一册序文中，有云：“著者于此温爱友情之氛围气中，以学者而生活，此为如何之幸运耶！”夫前既以此而喜，今又于此温爱友情之氛围气中以学者而安然瞑目，然则对于亡父之无上之怀念，与余等遗族所得之绝大之慰安，真不胜其感泣者矣！“有生之日，皆感德之年！”余父于前序中书之矣，余于此机会，谨代我父，并以遗族全体之名，而表“有生之日，皆感德之年！”之敬意！

穗积重远

昭和二年一月

《二十世纪中华法学文丛》

编辑委员会

学术顾问：倪征燠 瞿同祖 芮沐
谢怀栻 潘汉典 沈宗灵

编委（以姓名拼音为序）：

曹建明	陈兴良	范忠信	高鸿钧
何勤华	贺卫方	胡旭晟	刘广安
梁治平	舒国滢	王健	王文杰
王涌	张谷	朱勇	

常务编委：范忠信 胡旭晟 王健

丛书编辑：丁小宣

目 录

序言	冈野敬次郎 (1)
自序	穗积 陈重 (1)
“原质论”原序	穗积 重远 (1)

法律进化论·总论

原形论

第一编 无形法	(7)
第一章 绪论	(7)
第二章 潜势法	(9)
第三章 规范法	(12)
第一节 规范法之发生	(12)
第二节 民意潜势法之现化	(13)
第三节 神意潜势法之现化	(15)
第一款 神谕裁判	(18)
第二款 暂审法	(38)
第三款 神谕立法	(41)
第四节 君意潜势法之现化	(46)
第五节 规范法发生之过程	(51)
第六节 规范法之发达	(52)
第一款 第二次发见	(52)
第二款 公平法	(54)
第三款 自然法	(60)

第四款 自由发见之立法的公认	(68)
第四章 记忆法	(79)
第一节 记忆法之发生	(79)
第二节 记忆法之主体	(82)
第三节 记忆法之客体	(87)
第一款 句体法	(91)
第二款 诗体法	(98)
第三款 韵文体	(105)
第二编 成形法	(108)
第一章 法态变化	(108)
第二章 绘画法	(109)
第三章 文字法	(120)
第三编 法之认识	(135)
第一章 法之公知	(135)
第二章 第一期潜势法时代	(137)
第三章 第二期秘密法时代	(138)
第四章 第三期颁布法时代	(153)
第五章 第四期公布法时代	(163)
第一节 公布及公布原因	(163)
第二节 公布之法式	(165)
第一款 呼唱公布式	(166)
第二款 朗读公布式	(168)
第三款 通知公布式	(178)
第四款 揭示公布式	(188)
第五款 登录公布式	(219)
第六款 印刷公布式	(220)
第六章 法之文体	(224)
第一节 日本法文体之民众化	(224)

第二节	英国法文体之民众化·····	(240)
第三节	德国法文体之变态进化·····	(245)
第一款	德国法之实质的国民化·····	(245)
第二款	德国法之形体的国民化·····	(256)
第七章	结 论·····	(274)

原质论

绪言·····	(279)
总论·····	(280)
第四编 信仰规范篇·····	(291)
前论	
第一章	禁忌之语义····· (291)
第二章	禁忌之本质····· (296)
第三章	禁忌之种类····· (303)
第四章	禁忌之成立····· (305)
第五章	禁忌之分化····· (310)
本论	
第一章	禁忌与法律····· (312)
第二章	禁忌与主权····· (317)
第一节	接触之禁忌····· (319)
第二节	接近之禁忌····· (320)
第三节	观视之禁忌····· (327)
第四节	称呼之禁忌····· (330)
第三章	禁忌与婚姻····· (348)
第四章	禁忌与财产权····· (390)
第五章	禁忌与刑法····· (397)

附录 禁忌与法律.....	(401)
部分新旧译名对照表.....	(460)

法律进化论·总论

法者，力也；法者，社会力也，于公权力状态之下而为行为之规范者也。人类共同生活之形体，渐次进展，至成为独立政治团体之国家，则其团体力之发动，必呈二种状态。其一，为国家之政治作用，如攻守、修好、通商之对外作用；平和之维持，生命财产之保护，并关于人民统治各种之对内作用是也；其二，为法律作用。团体力之对内作用中，特如国家之公权力，为人民行为之规范而表现之者。此国家之政治作用与法律作用，举不外社会力之发现。然前者之状态，不必固定，本于时势之要求，随其国是，或对外，或向内，而为随时活动者也。后者之状态，形成固定，为行为之规范，而具有强制之性质者也。

社会力有静状，有动势。法律既为社会力之一种，故亦有静状与动势。所谓法律之静状者，即法现象仅为行为之规范而表现之社会力是也。所谓法之动势者，即为行为之规范而表现之社会力之实质或形体，因时之经过，而生变化者是也。故虽在以法现象之普通素之知识为目的之法律学，依其静状为对象，与依其动势为对象，而有法律静学与法律动学之别，前者在观察法现象之静状而求其原理者也；后者在观察法现象之动势而论述其变迁之理法者也。

法律进化论属于法律动学者，其目的在依法现象之时间的观察，以明法律之发生与发展之理法。法律者，社会力也。故法规者，随社会之变迁，时间之经过，同时必变其形态；社会者，为一有机体，其组织无须臾静止，不仅为社会原子之各个人身体，因新陈代谢，常变更其组织，而社会自身，亦因其组成员之生产、死亡、移住常变更其组织。社会之组织自体，既如此变动不息，则为社会力之一状态之法律，以时间的观察之，亦常在变动的状态无疑也；惟为法规而表现之社会

力，概观民众行为而表现适当其行为之通则者，故普通不因其概观圈内之微动，使法规外形受显著之影响。然法律者，原为社会力显著之一状态，故无不随社会状态之推移而独归静止之理。纵使法规形体一时不呈变迁之迹，其实质必随社会之变迁而与之俱变，经时既久，与社会实状，必相为一致。

法现象因时间之经过而相为变迁，既如上述；然其变迁，决非无秩序偶然的事件之连续，在此千态万状法现象之变迁中，必有普遍的通素之存在。

法律进化论，即阐明此普遍的通素；换言之，即以阐明法现象之时间的推移之原理为其本领者也。

法律进化论依其对象之范围，得分为泛论与各论，法现象不限于地域、人种、民族及其他之标准，为一般的对象，而究其变迁之理法者，为普泛的法律进化论；然法现象得根据各种标准，如人种、民族、地域、法系，由各种之立脚地分类观察，或限于法律之一部，观察其法现象之动势，而考究其理法，此为特殊的法律进化论。

科学的法律进化论，果有可能性否乎？大凡法现象之体样，因时与所及文化之程度、国民之特性而定。是以巴斯加有纬度三度之差则颠覆成法全部之评；故同一时代，其文化不同之民族，虽接壤而处，刑赏不同，法规各异，如自然界依其环象而动植物各现异观；由此复杂之法现象中，欲发现一定之普遍性，在法之静态尚属不易，况在变化无极之法之动势，自为至难。然难事者，非不能事之谓。在力学，既有论其静态之静学，又有论其动势之动学；岂在社会力之科学，而有不伦其静态、动势之静学与动学之理。惟自然力之作用，较为简单，社会力之作用，极为复杂；且社会力之科学，非如自然力之科学，有正确之理法，容易认识，此其困难之点也。法现象者，不仅依国境、民族、人种而异其体样，即在同国、同民族、同人种中，亦随时世而相为变迁；故虽于其静态，欲认识该现象之普遍性而究其理法，尚非易易，况于其动势，亘古今，通中外，概观通察千态万变之法现象，思从其中抽绎进