

二十世纪中华法学文丛

丘汉平法学文集

何勤华

洪佳期 编

二十世纪中华法学文丛

丘汉平法学文集

何勤华
洪佳期
编

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

丘汉平法学文集/丘汉平著. —北京:中国政法大学出版社,2003. 12
ISBN 7-5620-2532-0

I. 丘... II. 丘... III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第125492号

* * * * *

书 名 丘汉平法学文集
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 清华大学印刷厂
装 订 北京爱德金文装订有限公司
开 本 880×1230 1/32
印 张 16.125
字 数 415千字
版 本 2004年3月第1版 2004年3月第1次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2532-0/D·2492
印 数 0 001-3 000
定 价 36.00元(精装本)
社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62225059
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:法律教材)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

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

II 总序

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。不宁惟是，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，多达六千余种，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，为患几近三十余年，中国法律和法学一派凋零。七十年代末以后，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。即使是五十至七十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，还将涉及五十年代以后台湾、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，凡近二十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，我们特聘请了六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

IV 总序

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。

本书凡例

因本书收录的论文自身注释甚多，为保证行文流畅及方便阅读，对原文所作的某些技术性改动以“本书凡例”统一说明，不再一一加注。

一、原文中某些字、词统一按现在通行用法改过，如意思是“哪”但写成“那”，现改过；“那末”改为“那么”。

二、原文注释不统一，有的是尾注，有的是各章节中间夹注，现一律改为脚注，故对其中一些“同注一”之类的作了相应调整。

三、原文中某些序号不规范，在尊重原文基础上，把明显不规范，影响阅读的统一改过。

四、原文中有不少外文，涉及人名、国名、法典名、书名以及字、词、句的对应译文，对首写字母的大小写、单词拼写确有错误的作了改动。

五、原文中涉及到的外国人名、地名等，大多有西语原名，故保留其旧译。但在书后附录了《主要新旧译名对照表》，以备查对。

六、文中字、句的着重号均为原著者所加。

目 录

编者前言	(1)
新法律史观	(22)
法律之语源(在暨南大学演讲)	(26)
法律思想的性质	(32)
徒法不能以自行论	(38)
慎子底法律思想	(49)
商君底法治主义论	(63)
《历代刑法志》自序	(100)
后汉刑法志略	(103)
宋书刑法志补	(132)
书评:《先秦国际法之遗迹》/徐传保著	(142)
现代法律哲学之三大派别	(144)
法律的意义	(155)
舒丹木拉法律哲学述要	(170)
斯丹木拉之法律哲学及其批评者/吴经熊著 丘汉平译	(192)
正法的问题/丘汉平译	(221)
正法的概念/丘汉平译	(229)
从西半球的法学说到三民主义的法理学	(247)

法治进化论	(266)
书评:《法律之故事 The Story Of Law》	(281)
宪法之根本问题	(285)
中国之制宪与行宪	(287)
对于宪法初稿的几个意见	(304)
宪法上关于人民之权利规定之商榷	(310)
公安局与民权保障	(323)
劳动立法之理论基础	(325)
法律教育与现代	(329)
美国排华律之过去及现在	(332)
华侨国籍问题之讨论	(352)
民法第一条疏义	(374)
票据法总则释义	(381)
票据法第二十五条关于利息规定之研究	(414)
罗马十二表法之研究	(417)
罗马法之渊源论	(426)
罗马法役权之研究	(452)
罗马之司法制度	(474)
罗马法上几个问题商榷之一	(485)
中国法律学生应研究罗马法之理由	(491)
附:主要新旧译名对照表	(497)

编者前言

—

丘汉平（1904—1990），字知行，原籍福建海澄（今龙海）。生于缅甸仰光。1924年毕业于上海国立暨南大学商科。1925年毕业于吴淞中国公学商学院。1927年毕业于上海东吴大学法律学院，旋回仰光。次年春赴美国留学，1929年获乔治·华盛顿大学法学博士学位，1930年赴欧洲考察后，返回上海执律师业务。

1931年起，丘汉平出任国立暨南大学教授，兼外交领事专科主任，南洋文化事业部主任，东吴大学法律学院教授，中国公学宪法教授，交通大学商事法教授。创办华侨中学、仰光中学、华海中学，兼为上海各大学教职员联合会主编大学杂志。1939年秋，出任福建省政府委员兼省银总经理。1945年1月，任福建省政府财政厅厅长，后任国民政府交通部直辖驿运管理处处长，创办省立福建大学，并兼校长。1947年夏，辞本兼各职，8月返沪，重操律师业务。1948年行宪后，任立法院立法委员。

1949年10月新中国建立前赴台湾，继续担任“立法委员”，立法院财政和预算委员会召集人。1951—1952年，出任东吴大学校长。

丘汉平一生著述甚丰，专著与教科书有：《国际汇兑浅说》（上

海民智书局 1926 年)、《国际汇兑与贸易》(上海民智书局 1926 年)、《先秦法律思想》(光华书局 1931 年)、《中国票据法论》(上海世界法政学社 1933 年)、《罗马法》(上下册,上海法学编译社 1933 年)、《法学通论》(上海商务印书馆 1933 年)、《新生活须知》(上海文华美术图书公司 1934 年)、《历代律例全书·唐》(上海民权律师团 1934 年)、《违警罚法》(上海商务印书馆 1935 年)、《华侨问题》(上海商务印书馆 1936 年初版,1939 年再版)、《历代刑法志》(商务印书馆 1938 年)、《地方银行概论》(福建省经济建设计划委员会 1941 年)、《从不平等条约到平等条约》(胜利出版社 1943 年)、《美国之统一与法治》(胜利出版社 1945 年)等。此外,1973 年台湾出版了由丘氏之子丘宏达和丘宏义合编的《丘汉平先生法律思想和宪法问题论集》。

此外,丘汉平还写作发表了众多的论文,主要者有《现代法律哲学之三大派别》(1927 年)、《罗马十二表法之研究》(1928 年)、《新法律史观》(1931 年)、《票据法总则释义》(1931 年)、《法律思想的性质》(1931 年)、《宪法之根本问题》(1933 年)、《劳动立法之理论基础》(1933 年)、《美国排华律之过去及现在》(1934 年)、《法治进化论》(1937 年)、《中国之制宪与行宪》(1941 年)等。

由于丘汉平在法律学术上的出色表现,他被选为意大利皇家学院“罗马法”荣誉研究员,美国密苏里州斐托斐荣誉会员。

二

在丘汉平的众多成果中,对中国近代法学贡献最大的是他关于法律史的研究业绩。在这一领域,丘氏既有中国古代法律文献整理之成果,如《历代刑法志》等;又有对先秦法律思想的研究之业绩,如《先秦法律思想》等;还有关于法律史研究的理论见解,如

《新法律史观》等。

《历代刑法志》(上下册)一书,收录了前汉刑法志(附补前汉刑法志^[1])、后汉刑法志、魏刑法志、晋刑法志、宋刑法志、南齐刑法志、梁刑法志、陈刑法志、后魏刑罚志、北齐刑法志、后周刑法志(附录:南北朝刑法志^[2])、隋刑法志、唐刑法志(附录:唐刑法志^[3])、五代刑法志、宋刑法志、辽刑法志、金刑法志、元刑法志(附录:元刑法志^[4])、明刑法志、清刑法志等20篇各朝史书中的刑法志,以及四篇附录。

丘汉平在该书自序中说:虽然二十四史体系庞大、内容繁杂,但研究中国史事的人,不可不读它。因为只有在二十四史中,才能找到他所需要的大部分材料。现在学术界已经开始重视对中国古代史料的整理出版工作,但我以为应当更进一步,从专题角度来梳理采摘史料,否则,“二十四史永远是二十四史,于一班研究专门学问的人,实是劳而少功。所以我的意见是研究中国史料的人,应就其所学与所好的方面,将二十四史的材料分门别类整理出来,使专门于某一学问的人,能够在最短的期间,最少的经济,得到原有的系统原料”。

丘汉平继续阐述道:“我因为有此动机,而个人一向是嗜好法律史的人,所以在六年前就有这个愿望,想将二十四史的法律材料分别整理出来,以阐明中国法制的精神,并供一般研究法律史的人

[1] 系丘汉平从《汉书·王莽传》中摘出。

[2] 关于此篇,丘汉平注曰:“清汪士铎撰”。

[3] 系丘汉平写的一篇评述唐刑法志的小论,内容涉及刑之目的、唐之刑书、律因隋制、太宗复肉刑等。

[4] 关于此篇,丘汉平注曰:“明宋濂撰”。在该书自序中,丘汉平指出:“关于元代刑法,则舍元史而采用《新元史·刑法志》,而将《元史·刑法志》附录。因为《新元史》的《刑法志》,虽是内容有点芜杂,但于刑法沿革部分叙述较详。不过研究元代刑法的人,则于《元史·刑法志》不可不看,《元典章》的刑法不可不参考”。

参考。”而这本《历代刑法志》，就是这一工作的成果之一。

事实证明，丘汉平的《历代刑法志》一书，在已经过去了60多年以后的今天看来，其价值仍然是非常重大的。因为在二十四史中，有刑法志的只有《前汉书》、《晋书》、《魏书》、《隋书》、《唐书》、《旧五代史》、《宋史》、《辽史》、《金史》、《元史》和《明史》等十一篇，^{〔1〕}而无刑法志的倒有七篇，^{〔2〕}即《后汉书》、《宋书》、《南齐书》、《梁书》、《陈书》、《北齐书》、《周书》，对此七篇，丘汉平也都一一加写了补志。而新中国至今所出版的几部关于历代刑法志的点校本也好，注释书也好，都没有做这一补志的工作。这不能不说是丘氏的重要贡献之一。^{〔3〕}

在《先秦法律思想》一书中，丘氏对慎到、商君、韩非的法律思想作了比较系统的研究。在该书的序中，丘氏指出：本书虽然只收录了三位法家的法律思想，但“在我看来，这三篇已够代表先秦的法律思想。再完备些，也不外加些儒、道、墨的法律观及其他说明而已。”在该书的第一章“本问题之性质”中，丘汉平进一步阐述了编写该书的宗旨以及研究法律思想的重要性。

作者指出：“我们无论研究何种学问，总要先明了我们所研究

〔1〕 此数字有误，实际上书中还有一篇从清史中摘出的刑法志，故共有12篇。

〔2〕 丘汉平在自序中的原文为“八篇”，但其列举的只有七篇。

〔3〕 1988年群众出版社出版了《历代刑法志》一书。在“出版说明”中，该社编辑部声称：“因政法研究工作的需要，本社曾于1962年将商务印书馆出版的《历代刑法志》（1938年版）翻印出版。这次据中华书局出版的二十四史点校本，重新编辑出版。”这里，既没有说1962年翻印出版的书的作者是谁，又没有说在这次重新编辑中参考利用了商务印书馆1938年版丘汉平书中的哪些成果，这是非常不妥的。笔者对照了一下两书的体系和内容，实际上群众出版社1988年版的《历代刑法志》，基本上将丘汉平的《历代刑法志》的内容全部继承了下来，只是作了一些技术上的处理而已，如丘氏书中的“附补前汉刑法志”是摘录了《汉书·王莽传》中关于刑法的部分，群众出版社的书中将此改名为“附录：汉书王莽传（节录）”；丘氏书中将《新元史·刑法志》作为正文，将《元史·刑法志》作为附录，而群众出版社将其颠倒了一下。

的是什么”。在人类进步过程中，古代人逐步产生意识力，想了解我们周围的环境，于是发生了“思想”。随着国家和法律的形成，人们便希望了解国家与法律的情况，比如法律是何时形成的？为什么要有法律？法律是一成不变的吗？等等。人们的这些探索就构成了法律思想。

丘氏指出：自古至今，法律思想经历了各个发展演变的阶段。就西方而言，12至16世纪是权力说，17、18世纪是哲学说，19世纪是历史派，20世纪则是社会派的法律思想占主导地位。在中国，“春秋时代是道德流行期；到战国之世，法治主义大倡高调，政治大受影响；其后帝王一统天下，这个主义便渐渐衰了。”

丘氏指出：法律史，包括了法制史、法学史和法律思想史三个领域，前者主要研究法律制度史；后者研究各个时代的法律思想；而在“吾国，简直无‘法学’可言，所以是没有法学史”。法律思想在中国古代各个时期虽然均存在，但以春秋战国时代最为发达。故本书以先秦的法律思想为研究重点。

民国时期，在丘汉平的《先秦法律思想》出版之前，虽然有梁启超的《先秦政治思想史》一书面世，但以法律思想史为论述主题的，丘汉平是第一人。《先秦法律思想》一书是中国古代法律思想史研究的开拓之作，它和该领域里的奠基之作即杨鸿烈的《中国法律思想史》（上海商务印书馆1937年）一起，共同支撑了中国近代法律思想史学科的体系大厦，在中国近代学术史上具有重要的意义。

在《新法律史观》^{〔1〕}一文中，丘氏在介绍了马克思主义关于历史充满了阶级斗争的事实观点之后，指出阶级斗争是人类社会的一个重要事实，但不是全部事实。无产阶级除了“打倒”有产阶级的途径之外，还有折衷、协调的路子可走。

〔1〕载《法学杂志》第5卷第1期，1931年。

“历史上之所以充满了流血的惨剧者，都是因为食欲的冲动。食欲的冲动原因有二：一是内的，一是外的。内的是饥饿的压迫，这是生理的。外的是物质的引诱，这是心理的。”无产阶级为什么要反抗有产阶级的，进行斗争，就是有产阶级压迫太甚，使无产阶级无法生存下去。“若是战胜者仍与战败者相当生存机会，不用高压手段，社会的反动状态，便逐渐减少；胜利阶级的生命，就比较长久了。”

“我们从历史上来看，斗争只是一种手段，不得已的手段，非至万不得已时，人类绝不肯运用的。我们要知道人类是有生存的天性，这种天性是比生命还来的重要。既为求生存，除万不得已时，必不愿互相斗杀——斗杀是违反求生存的。所以社会现象不能只以‘斗争’二字了之，必须深究其根本的意义。这根本的意义，从社会现象观察出来，便是互助。人类因为有互助的天性，社会始可成立。法律之得以维持其效力，完全靠这互助。没有互助，法律便失去其效力。”

“社会的成立，不外是同样需要和异样二项。社会现象的所以如此复杂，也是由于这两种要素的互相自乘。在同样需要中，有了万千的异样需要；在异样需要中，亦有万千的同样需要。人类纵要拒绝彼此倚赖，在事实上却是不可能的。法律之所以成其无在权威者，就是筑在这种事实之上。”

“我们明白了这个道理之后，就可了然斗争不是社会的必然结果，却是违反自然现象的一种表现。在贫富最不平等的社会，斗争的表现必很剧烈。反之，则甚微弱。”

这里，丘汉平的观点是非常明确的：在人类社会演进史上，阶级斗争是一个要素，但不是全部，法律也起着重要作用，法律的作用就是对贫富阶层之间、有产阶级和无产阶级之间作协调、折衷，以不使社会的对立趋于极端。这一观点与科学的马克思主义虽然有一定距离，但比那种全面否定、甚至污蔑和诋毁马克思主义的观点