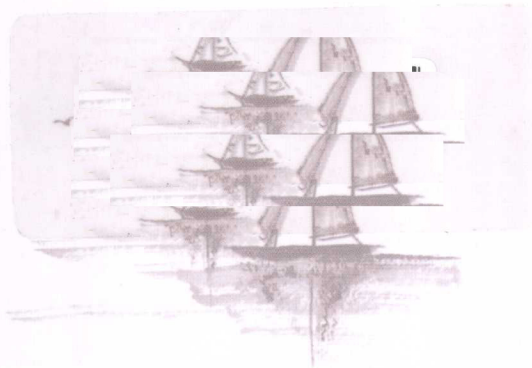


吴经熊裁判集 与霍姆斯通信集

穿越时代经典判解 汇通东西忘年友谊

孙 伟 编著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

吴经熊裁判集 与霍姆斯通信集

穿越时代经典判解 汇通东西忘年友谊

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

吴经熊裁判集与霍姆斯通信集/孙伟编著.

—北京: 中国法制出版社, 2010. 2

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1722 - 8

I. ①吴… II. ①孙… III. ①判决 - 法律语言学 - 研究
②法学 - 研究 - 文集 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 018520 号

策划编辑: 王进文

封面设计: 周黎明

吴经熊裁判集与霍姆斯通信集

WUJINGXIONG CAIPANJI YU HUOMUSI TONGXINJI

编著/孙伟

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2010 年 2 月第 1 版

印张/10.75 字数/107 千

2010 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1722 - 8

定价: 28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66078158

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

导 言

吴经熊 (John C. H. Wu), 字德生, 于 1899 年 3 月 28 日 (农历己亥年二月十七日) 出生于浙江省宁波府鄞县, 1986 年 2 月 6 日逝世于台北。他曾先后求学于上海沪江大学 (Shanghai Baptist College and Theological Seminary)、天津北洋大学 (Pei - Yang University at Tientsin)、上海东吴大学法科 (Law Department of Soochow University), 并于 1920 年 6 月获东吴大学法学学士学位 (LL. B.), 同年 8 月留学美国。1921 年夏季获得美国密歇根大学法律博士学位 (J. D.), 同年秋季, 由于学业出色, 吴经熊获得国际和平卡勒基金 (Carnegie Endowment for International Peace) 到欧洲留学, 首先负笈法国巴黎大学研究法律哲学和国际公法, 并结识当时法国最负盛名的法学家——弗朗西斯·惹尼 (Francois Reny); 1922 年初, 吴经熊再次获得国际和平卡勒基金资助, 负笈德国柏林大学研究哲学和法理学, 受业于鲁道夫·施塔姆勒 (Rudolf von Stammler) 门下; 吴经熊同时与美国联邦最高法院大法官——奥立维·温德·霍姆斯 (Oliver Wendell Holmes) 通信, 并结为忘年交; 1923 年秋季, 吴经熊重返美国以研究学者身份进入波士顿哈佛大学, 追随 20 世纪美国最负盛名的社会法学大师和法学教育家——罗斯科·庞德 (Roscoe Pound), 研究比较法律哲学。1924 年夏, 吴经熊结束绚烂的留学生涯返回中国, 从此开始了自己“把中国法律霍姆斯化”的尝试。另外, 在 1929 年底, 他再次走出国门, 赴美讲学, 进行法学学术交流。吴经熊是中国受聘哈佛任教的第一人, 又是继剑桥大学霍沃思教授和国际法院彼特曼法官之后, 担任西北大学罗森泰讲座教授 (Julius Rosenthal Lectuer) 的第

三人，而他在享此殊荣时年仅 30 岁。

吴经熊是近代中国一位非常具有代表性的法界人物，他被称为二十世纪中国最享有世界性声誉的法学大家。他同时精通英、法、德和拉丁语，在宗教、哲学、文学和翻译等领域也表现得相当出色，曾担任过大学法学教授、大学法学院院长、大法官、法院院长、律师、法学期刊主编、法律出版社社长、南京国民政府立法院法制及外交委员会委员长等多种职务。他的一生充满了传奇色彩，是近代中国法制走向现代化历程的亲历者和重要推进人。他的足迹几乎遍及当时中国法界的各个角落，如从事中西法律文化交流、法学理论研究、法律文献编纂、法律传媒平台搭建、高校法学教育和管理，担任律师、推事、法律顾问，参与制定民法和宪法等等。他几乎获得了一个法律人能拥有的所有际遇与尊誉，他在法学领域所取得的成就足以令国人仰视，令西人侧目。

而最引人注目的是他前半生在法学界风光无限，而后半生却皈依了天主教。他的人生观比较积极，除了著书立说成一家之言外，更重要的是在当时特殊的历史时期，勇敢地站在近代中国法制建设的浪尖上迎接挑战，通过自己不懈的努力去实现自己的法律理念，承担了一位法界知识分子的历史使命，努力通过法律的武器寻求救国之路，并作出了较大的历史贡献。因此，通过对吴经熊典型个人命运的考察，可以非常客观与理性地审视近代中国的法制进程。

吴经熊就是这么一位近代中国法学界的旷世奇才，但遗憾的是，由于个人和时代的原因，1940 年代以后，他在法学方面的影响逐渐减弱，晚年更多以宗教家、哲学家和文学家的身份出现在公众视野中。在中国大陆，他的名字更是长期被人们所遗忘；即使是法界学人，对他的思想与行迹大多也知之不多、语焉不详。这种可悲的学术断裂一直持续到 1990 年代中期才有所改观。近年来海内外法学界对他的关注逐渐增多，评价也越来越高，他作为二十世纪中国最具代表性的法学家的地位已得到广泛认同，他对近代中国法制建设的重要历史作用也开始受到普遍关注。

近年来随着吴经熊研究的几部扛鼎之作在中国大陆相继出版,出现了“吴经熊研究”热潮。总体来看,有关吴经熊的研究已经取得了一定的成绩,也有一定的理论深度,如在资料的整理,及对吴经熊法律思想、哲学思想和宗教思想的深入研究等。但从整体上看,仍存在诸多不足,这除了历史的原因外,更主要是由于他的许多作品因战争、流亡已经绝版而湮没难寻,其著作又多以英文发表,加上资料保存与介译的缘故,目前进行吴经熊研究的最大障碍和遗憾,便是没有完整的吴经熊法律著作,这无疑阻碍了我们对吴经熊的整体认识。

笔者正是基于以上原因,特意选取了吴经熊法学生涯中最主要的两件事:一是在上海公共租界临时法院担任推事,二是早年与美国著名法学家霍姆斯的交往。在吴经熊看来,这是他一生中最有意义的事情。通过对“吴经熊裁判集”和“与霍姆斯通信集”两部分,进行整理、翻译与汇编,以为他日有心人的《吴经熊全集》或《吴经熊法学论文集》等研究成果提供一些一手资料的参考。

通过总结动荡年代吴经熊在近代中国法制进程中所取得的重大成就,不仅可以尽量还原吴经熊这样一位传奇法律人物的真实面貌,还对推动当代中国的法学研究,及勉励法律人士为把我国建设成为现代法治国家贡献自己的力量具有重要的策励意义。

目 录

上篇：吴经熊裁判集 1

一、民事案件 7

1. 有担保之分期归还契约案 7
2. 合法取得之无记名票据案 11
3. 契约之原因与缘由案 13
4. 使用主于被用人执行业务时所致损害之责任案 20
5. 共同不法行为应负共同返还及赔偿之义务案 23
6. 恩义断绝与离异案 26
7. 李柴爱夫兄弟控告苏俄商联舰队案 30
8. 当事人因担保债务纠葛涉讼案 37
9. 当事人因损害赔偿案 39
10. 当事人因损害赔偿案 41
11. 当事人因损害赔偿案 44
12. 定作物纠纷案 46

2 吴经熊裁判集 与霍姆斯通信集

13. 当事人因验船纠葛涉讼案 54

14. 当事人因欠薪纠葛涉讼案 57

二、刑事案件 60

15. 茄西亚赌博案 60

下篇：吴经熊与霍姆斯通信集 75

一、霍姆斯致吴经熊的信 78

二、其他吴经熊与霍姆斯的通信 138

后 记 162

上篇：吴经熊裁判集

编者按：

1927年1月1日，吴经熊由董授经（董康）先生和同学陈霆锐暗中推荐，被江苏省政府任命为上海公共租界临时法院民庭的推事。后因与时任法院院长卢兴原意见不合，吴经熊于1928年4月底辞职，不久即被南京国民政府司法部任命为编订法典委员会委员，主要担任民法典的起草工作，随后出任司法部参事。而仅过了三个多月，他又接受了新任法院院长兼上诉院院长何世桢的邀请，于同年8月15日，被江苏省政府重新任命为上海临时法院刑庭推事兼上诉院院长。1929年11月中旬，吴经熊辞职赴美国访学，这样，就结束了自己近三年的法官生涯。吴经熊的法官生涯有三个特点：一曰繁忙，二曰艰难，三曰辉煌。

1928年1月1日，吴经熊在写给霍姆斯的信中提到，上海临时法院实在是世界上最忙碌的法院，他每个月要处理四十个案件。一个重要原因就是该法院没有陪审团，结果法官要执行发掘真相和寻找法律的双重职能。这样算来，吴经熊在担任法官的近三年时间里，据保守估算，审理过的案件也超过一千起以上，可谓强度非常大。所以，吴经熊在平常工作日，全部的精力都用于解决那些具体的法律事务，只有在星期天，才可以让身心有完整的休息，有时间去读霍姆斯的来信并回复。

当时的上海已经是世界性的大都市，虽然会审公廨已被收回，但列强仍保留领事裁判权，中国政府还不具有完全独立的司法权。这样，导致许多案件变得异常错综复杂，无疑加大了判案的难度。尤其是许多案件还可能涉及列强在华利益，而时常受到列强驻沪租

界当局的干涉，如果处理不当，还有可能会引起国际纠纷，甚至会与收回领事裁判权这一敏感政治问题纠缠在一起。如笔者列出的吴经熊审判过的15件案子中，有9件涉外案件，比例高达60%之多。

案件审判事务的繁杂，以及难度之大，都使得吴经熊在事后感觉到如履薄冰，这也成为他日后辞职赴美访学的一个重要原因。当然这丝毫不能掩盖他作为法官所取得的辉煌成就。其成就主要体现在两个方面：一是上海的中外媒体和市民对他的判决好评如潮，如称他为“判决宝座上的所罗门王”、“吴青天”等。二是在他离任后不久，就连曾是上海公共租界临时法院最不友善的批评者之一的英文报刊——《字林西报》（*North China Daily News*）都称赞“他已经完全履行了自己的职务”。吴经熊自己对这些评价也颇感满意。

如此看来，在吴经熊审理的大量案件中，所能留下的判决记录就显得弥足珍贵，具有极其重要的史料研究价值。下面笔者将对本文所辑入的判决记录从整体上交代几点：

一、下文中主要是民事案件，共有14件；还有2件刑事案件留下了记载，但其中1件没有判决记录，吴经熊在自传《超越东西方》中提及了该案。这便是他在1929夏审理的著名的“卢雷特案”，当时便轰动了整个上海。《字林西报》对他在该案中的表现给予了高度的评价，称此为“中国司法独立的一大进展”。

二、以下依次排列的这15个案件，都是吴经熊亲自作的判决书，或者对自认为最重要的几个案件进行的案例分析。从中足以窥见当时上海临时法院的具体审判模式，及其对经前会审公廨受理未审判，或已审判未结案，或已审结但尚未发生法律效力的案件的法律适用情形，即法律溯及力的问题。

三、从判决书依据的理由来看，上海临时法院适用的法律渊源除了当局政府颁布的有效法律条文外，还随处可见的是，出现了适用许多的大理院判决例、解释律、公序良俗、习惯等的情况。这些

都能充分而真实地体现当时中国的司法制度状况，及民国时期的上海乃至中国的司法生态环境。

四、从判决书的内容看，许多案件即使以现在的眼光视之都很有生命力，都非常鲜活。另外，判决书的文字简练、清楚、明了，既是吴经熊高超审判水平的一种体现，也是其渊博的法律哲学思想理念的一种反映。吴经熊在担任法官期间曾经判了大量的案件，而其中留下的13个案件的判决书，都曾刊登在当时的东吴法学院的院报《法学季刊》上。东吴法学院本身就是中国最早的法学院，也是当时中国最著名的法学院之一，而《法学季刊》是最早的大学法学学术期刊之一，也被公认为当时中国法学权威刊物之一。由于东吴法学院每周六都安排模拟的“型式法庭”，所以不仅选入的吴经熊判决的案件本身，就连判决书的撰写，都非常具有代表性，它们已然成为东吴法学院师生乃至院外的法律工作者学习的范本。在大学法学院的学报上刊登法学名家的判决书，无疑是一个大胆的尝试，这对当今的法学学术期刊建设也无疑具有非常重要的借鉴意义。

五、从判决书的结果看，自从上海会审公廨取消后，国家司法主权的确有了一定的收回。据统计，在吴经熊审判过的15个案子中，有5个中外纠纷案件，其中中方2胜、2负、1互有胜负。加上“茄西亚赌博案”最后以赌博罪对茄西亚进行了严惩，可见吴经熊法官在审判过程中并未袒护洋人。吴经熊的判决比较公正，且基本依法办事，这些都是符合历史事实的，且具有代表性。当时，由于中国经济发展水平的局限，有些华商的法律意识确实还比较薄弱，许多经营行为可能不完全符合法律规定及国际惯例。虽然许多洋人还普遍抱有特权思想，动辄无理取闹，但仍有不少洋商也会合法经营。所以，我们也应从自身角度多作总结，而不能凡涉及到中外纠纷，就惯常从领事裁判权和民族大义的角度来评价。

下面笔者将对本文的点校工作进行以下几点说明：

一、文中的判决（除案7后半部分、案12、案15外）点校工

作所持的依据，系东吴法学院之《法学季刊》1927年第3卷第5—8期。

二、编者在点校过程中，未作任何有损原意的改动，仅作适当的技术性加工。

三、原文有段落，但基本无标点，由编者给出新式标点符号。

四、本文原用的繁体字、异体字，现全部改为简体字、正体字。如“见”改为“现”。

五、原文中出现的专业术语（如地名和外国人译名），编者基本未改动。

六、原文为竖排本，改为现在的横排本时，“右列”、“如左”等字，也相应地改为“上列”、“如下”等。但原文中原告或被告下的“右代理律师”或“右（诉讼）代理人”，一律改为“代理律师”或“（诉讼）代理人”。

七、原文的页码都是散落在各处，不连贯的，编者点校时，将页码全部连贯起来进行重新排版。

八、编者将15个案件按照判决（作成）的时间先后顺序进行排列，且按照内容，将它们分为两大类：民事案件和刑事案件。

九、为方便读者的阅读，编者对其中吴经熊判过的最主要的案7、案12、案15安排了索引，对这三个案件进行了简单的案前介绍与评价。

吴经熊担任推事期间判决案件表^①

序号	案件名	推 事	案 号	判决日期	出 处
1	有担保之分期 归还契约案	吴经熊	上海临时法院 民事判决 (A字第6560号)	1927年 3月9日	《法学季刊》 1927年第3卷 第5期
2	合法取得之 无记名票据案	吴经熊	上海临时法院 民事判决 (A字第5552号)	1927年 3月14日	《法学季刊》 1927年第3卷 第5期
3	契约之原因 与缘由案	吴经熊	上海临时法院 民事判决 (陆李氏与冯氏涉 讼案A字5012号)	1927年 3月19日	《法学季刊》 1927年第3卷 第5期
4	使用主于被用人 执行业务时所 致损害之责任案	吴经熊	上海临时法院 民事判决 (1927年A字 第6587号)	1927年 5月23日	《法学季刊》 1927年第3卷 第5期
5	共同不法行为 应负共同返还 及赔偿之义务案	吴经熊	上海临时法院 民事判决 (1927年A字 第4036号)	1927年 5月26日	《法学季刊》 1927年第3卷 第6期
6	恩义断绝 与离异案	吴经熊	上海临时法院 民事判决 (1927年A字 第5165号)	1927年 7月4日	《法学季刊》 1927年第3卷 第5期
7	李柴爱夫兄弟 控告苏俄 商联舰队案	吴经熊	上海临时法院 民事判决 (1927年民事 第4885号)	1927年 9月30日	《法学季刊》 1927年第3卷 第6期 《法律的艺术》 《吴经熊与霍姆 斯的心灵对话》

① 主要参考自《法学季刊》1927年第3卷第5-8期；John C. H. Wu, *The Art of Law and Other Essays Juridical and Literary*, Shanghai: Commercial Press, 1936；吴经熊：《超越东西方》（周伟弛译，雷立柏注），社会科学文献出版社2002年版；曾建元等译：“吴经熊与霍姆斯的心灵对话——《吴经熊出任上海公共租界临时法院推事》”，（台）《全国律师月刊》2006年第10卷第1期；何世桢、汝保彝：“茄西亚赌博案经过”，上海市政协文史资料委员会编：《上海文史资料存稿汇编》第12辑，上海古籍出版社2001年版。

续表

序号	案件名	推 事	案 号	判决日期	出 处
8	当事人因担保债务纠葛涉讼案	吴经熊	上海临时法院 民事判决 (1927 年皮字条字第 393 号)	1927 年 10 月 13 日	《法学季刊》 1928 年第 3 卷 第 7/8 期
9	当事人因损害赔偿案	吴经熊	上海临时法院 民事判决 (1927 年总字第 1440 号)	1927 年 10 月 20 日	《法学季刊》 1928 年第 3 卷 第 7/8 期
10	当事人因损害赔偿案	吴经熊	上海临时法院 民事判决 (1927 年 B 字第 523 号)	1928 年 1 月 7 日	《法学季刊》 1928 年第 3 卷 第 7/8 期
11	当事人因损害赔偿案	吴经熊	上海临时法院 民事判决 (1927 年总字第 6551 号)	1928 年 1 月 16 日	《法学季刊》 1928 年第 3 卷 第 7/8 期
12	定作物纠纷案	吴经熊		1928 年 2 月	《法律的艺术》 《超越东西方》
13	当事人因验船纠葛涉讼案	吴经熊	上海临时法院 民事判决 (1927 年洋民字第 8086 号)	1928 年 2 月 14 日	《法学季刊》 1928 年第 3 卷 第 7/8 期
14	当事人因欠薪纠葛涉讼案	吴经熊	上海临时法院 民事判决 (1927 年总字第 1274 号)	1928 年 3 月 15 日	《法学季刊》 1928 年第 3 卷 第 7/8 期
15	茄西亚赌博案	吴经熊		1929 年 7 月 25 日	《法学季刊》 1929 年第 4 卷 第 2 期 《法律的艺术》 《茄西亚赌博案经过》
16	卢雷特案	吴经熊		1929 年夏	《超越东西方》

一、民事案件

1. 有担保之分期归还契约案^①

▲有担保之分期归还契约

上海临时法院民事判决（A 字第六五六〇号）

原 告：源兴木行

瑞大木行

洽大木行

瑞昌木行

协兴木行

泰兴木行

泓泰木行

源顺木行

德顺木行

代理人：吴麟坤律师

被 告：三合兴友记营造厂

金君堂

陈连元

陈忠英

代理人：克威律师

上列当事人因债务纠葛涉讼一案，经本院审理，判决如下：

^① 参见《法学季刊》1927 年第 3 卷第 5 期，第 34 - 36 页。

主 文

第一、第二被告应偿还原告共银八千三百三十七两六钱九分一厘，并自阴历丁卯年二月初一日起至执行终了日止常年六厘之利息，偿还时应先清偿有担保之欠款。

如第一、第二被告无力清偿有担保之欠款，则第三、第四被告应于四千七百十四两六钱一分五厘，及自阴历丁卯年二月初一日起至执行终了日止常年六厘利息之限度内，即履行其赔偿之义务。

诉讼费用应由原告负担十分之七，由被告负担十分之三。

事 实

缘原告九户木行约与第一被告三合兴友记营造厂有交易往来，第二被告系该厂之股东兼经理。于阴历乙丑年间，原告售与上述第一被告造屋之材料，共计价银一万一千九百八十八两九钱八分一厘。嗣于阴历丙寅年正月初旬，第一被告因经济困难请求原告予以分期返还，经原告开债权会议，议决照下开办法返还：（一）于立期票时先付现款百分之五；（二）于阴历丙寅年二月底付百分之十；（三）于同年四月底付百分之十；（四）于同年六月底付百分之十；（五）于同年八月底付百分之十；（六）于同年十一月底付百分之十五；（七）于阴历丁卯年正月底付百分之十。以上各款除第一期半成现款外，皆由第三、第四两被告担保按期照付，而其余百分之三十，约定于阴历丁卯年正月底照付，但并无担保。上述分期偿还之债务均由第一、第二被告订立票据。经本院查阅，于原告提起诉讼时，第一、第二被告只付过第一、二、三期之票款及第四期之一部分，其第四期之其余部分及第五期到期之票款迄未照付。于民国

十五年十一月间，原告提起民事诉讼于前会审公廨^①。于同年十二月间，由被告提出答辩并未否认上项事实。本件诉讼迄未经该公廨审理。于本年二月十六日，由本院开庭讯问。被告传而不到，由原告代理人声请一造辩论判决，并依据大理院判决例为全部履行之请求，并称除收过，第一、第二被告尚欠原告银八千三百三十七两六钱九分一厘。其中三千六百二十三两另七分六厘系无担保之债务，而四千七百十四两六钱一分五厘则为有担保之债务。故请判令第一、第二被告连带并单独付还原告银八千三百三十七两六钱九分一厘，并自阴历丙寅年正月初一日起至执行终了日止常年八厘之利息，并责任第三、第四被告连带并单独付还四千七百十四两六钱一分五厘，并自丙寅年正月初一日起至执行终了日止常年八厘之利息等语。

理 由

按据《大理院五年上五二一号》之判决例，凡已达清期之金钱债权，经当事人改约分期归还者，如至分还之期债务人仍不履行，自应准债权人声明解约，使得仍为全部履行之请求；但苟债务人因不能按约归还设有分期归还担保（保证人或物上担保），则届期如债务人不照约归还，债权人自可行使其担保权，而不得即向债务人声明解约。本件第一、第二被告既设有分期归还之担保，原告自不得向债务人声明解约，故本件诉讼仍应完全依据分期归还契约而为判决。查该项契约并未提及利息，本院斟酌分期归还契约之性质，即可推断债权人实已将利息抛弃，故利息应自第七期到期之日起算。又原告提起诉讼之时，第六、第七两期尚未到清偿期，

① 近代中国历史上外国租界内的司法审判机构，是领事裁判权在华的延伸。例如上海有上海公共租界会审公廨、上海法租界会审公廨。通过中国政府和人民的不懈努力，终于在1927年1月1日废止了会审公廨，并在原址设的基础上，设立了上海公共租界临时法院兼上诉院。