

二十世纪中华法学文丛

法学文选

吴经熊 华懋生 编

中国政法大学出版社

二十世纪中华法学文丛

法学文选

吴经熊

华懋生

编



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学文选/吴经熊,华懋生编. - 北京:中国政法大学出版社,2002.8

ISBN 7-5620-0949-X

I. 法… II. ①吴…②华… III. 法学-文集
IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 066286 号

- 书 名 法学文选
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 北京博诚印刷厂
开 本 880×1230mm 1/32
印 张 20.5
字 数 525 千字
版 本 2003 年 11 月第 1 版 2003 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-0949-X/D·899
印 数 0 001-3 000
定 价 44.00 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)62229803
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>
-

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

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。

法学文选

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 陈景良 范忠信
高鸿钧 何勤华 贺卫方 胡旭晟
刘广安 李贵连 梁治平 舒国滢
王健 王文杰 王涌 徐显明
张谷 朱勇

常务编委

范忠信 胡旭晟 王健 张谷 陈景良

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辨读。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。

法学文选序

近年来法律学校，很有一种蓬勃的趋势，研究法学的人，也比以前踊跃得多。被儒教压服了几千年的法学，居然露了一息生气，因此浸淫在这法学圈子里的人们，就愈感觉到法学著述的缺少，不能满足一般求智欲望。学问的供求，原也和商品同一例，求的方面，固然需要大量的购买力；供的方面，尤其是需要大量的生产力；然后引起了一种供求的磨炼，出品就逐渐地精良，享受就逐渐地丰富。现在我们看看法学市场，太惨淡了。求的方面，有无数数的青年学子伸长了颈子等着待哺。但是供的方面，力量是太薄弱了，生产是太稀少了，我们现见这种现象——辜负着现成的大量购买力，更不容迟误这种千载难逢的机会——这一种心绪，就催起了编辑本书的动机。

研究过比较法律的人，总说英美不成文法里，所研讨到的法律或法学问题，比较大陆成文法里，多而且精。这因为英美判例中，多讨论到法理的精微处所。他们没有死条文可以援用，非要反复研讨到无懈可击的时候，才成功到法律的效力，而可以拘束讼案，折人心服。所以阐发法理就立时引起法律的变更创造，律师法官，全神注此；法理日精，法律日进。他们的法律观念是，霍姆斯说得好：

The life of law has not been logic; it has been experience.
The felt necessities of the time, the prevalent moral and political

II 法学文选序

theories, institutions of the public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges with their fellowmen, have had a great deal more to do than the Syllogism in determining the rules by which men should be governed (*The Common Law*, p. 1.).

法律之生命是经验而非论理，时代之需要，流行之道德与政治学说，习知或非习知之善良风俗，并法官与其属人之成见，较诸三段论法以定管理人群之法则，有重大之关系。

所以他们拒绝了刻板的论理方法来支配法律的适用。他们着重于老实的讨论，着重经验，因此就有许多精进独到的地方。我们希望树立起这一种精神，更愿不要因为有了成文法典，就时刻顾念着这些论理学上的刻板方法。希望多几篇料实讨论的文章，多引起一番供求的磨炼，多有一种更丰富的享受。

本书定名法学文选。第一辑一共选辑了四十篇。我们不能说国人的重要法学文章，都已选辑在内；但是这些文章，至少总可说是作者个人一部分的重要思想。并且有若干篇文章，已经成为中国法制史里的史料。它们有权利要使国人去诵读，其余的文章，它们都有这一种老实态度：

What he sees; he sees, of the rest he is ignorant; and his sense of this vast ignorance (which is his natural and inevitable condition) is a chief part of his knowledge and of his emotion (Santayana, Preface to his own Poems, p. xii.).

其所见到为见到，余则不知；惟斯自然与不能免之大不知，斯其所以为智识动机之一大主宰。

本书仅为第一辑，以后需要不定期的陆续选辑，随时出版，希望国内学者能引起一点兴趣，同在供求的市场上努力，使磨炼不致于怎样的落寞。深知道这一种努力，是义务也就是权利。我们愿与读者一同履行一同享受！要光明不必计牺牲，希腊的旧诗说得好：

A Shipwrecked Sailor, Buried on this Coast,
Bids you set Sail.

Full many a gallant bark, when we were lost,
Weathered the gale.

(Pragmatism p. 29. quoted by James From *The Greek Anthology*)

彼覆舟葬斯岸之船夫兮，

泥君兮放帆行；

当吾侪甘作前驱之牺牲兮，

其长风兮扬美艇。

我们愿与读者一同唱着前进！

吴经熊 华懋生

目 录

总序	(I)
凡例	(I)
法学文选序/吴经熊 华懋生	(I)
法律与命令/王世杰	(1)
说研究法律之方法/王凤瀛	(23)
现代法律哲学之三大派别/丘汉平	(30)
近代法律哲学之派别和趋势/何世桢	(41)
法律解释论/朱显祯	(59)
关于现今法学的几个观察/吴经熊	(87)
狄骥的著作及其学说/凌其翰	(111)
《拿破仑法典》及其影响/梅汝璈	(145)
中国旧制下之法治/梅汝璈	(164)
世界两大法系之发展的原因/华懋生	(176)
政法上的唯心主义/张君勱	(182)
借英国法中许多稀奇有趣之点来阐明法律的性质/张志让	(186)
自然法观念之演进/张奚若	(194)
中国新分析派法学简述/端木恺	(231)

2 目 录

续中国新分析派法学简述/孙 渠	(246)
法律观念之演进及其诠释/赵之远	(265)
法律社会化论/郑保华	(314)
现行法与民生主义/刘承汉	(346)
法律与道德的关系/燕树棠	(360)
行政诉讼法院管辖权限的研究/徐砥平	(375)
宪法初稿中的“人民之权利义务”/梁鑒立	(386)
行政裁判制度之研究与建议/章渊若	(393)
中国宪法的几个问题/孙 科	(412)
比较民法导言/王宪惠	(419)
新民法的新精神/胡汉民	(432)
民法债编的精神/胡汉民	(438)
民法物权编的精神/胡汉民	(445)
民法亲属继承两编中家族制度规定之意义/胡汉民	(451)
从现行民法考察赔偿义务人之代位/曹 杰	(462)
自由权契约权财产权新论/陈霆锐	(465)
债权之对世力/张正学	(479)
所有权包含义务论/刘陆民	(493)
劳动契约法论/史尚宽	(498)
近代劳动立法之新趋势/孙晓楼	(532)
刑法修正案的时代背景/俞承修	(539)

新旧刑律比较概论/董 康	(549)
公证制度之探源/杨兆龙	(556)
国际立法的发达/周鯨生	(565)
战时国际法上之继续航程原则/陆鼎揆	(587)
苏联与国际法/谢冠生	(614)
部分新旧译名对照表	(628)
《法学文选》重刊后记	(633)

法律与命令*

王世杰

自十七、十八世纪洛克、孟德斯鸠诸人倡国权分化之说以后，立法权必须与行政机关分离久成一般立宪国家公认之原则。然细审晚近趋势，列国行政机关之权力，则又日渐扩充，立法职务又多移转于行政机关。这种现象，并不限于行政机关素占优越地位之若干国家；即在议会权威素称最高之英国，与国权分化素称最严之美国，亦显然露此趋势。“行政的立法”（Administrative Legislation）遂成为新近学术著作上习见之名词。这实在是近今政象上一种重要的变迁，值得一般公法学者之特殊注意与研究。

诚然，在一切国家，行政机关从来无不享有若干分所谓补充立法或副立法（Subordinate Legislation, Legislation Sécondaire）之权；因为列国行政机关所颁的命令，历来并非均属单纯的行政性质，有些命令实在也含有立法性质，可以说是一种立法命令。但在众多国家，这种带立法性质的命令，其范围及其效力，往日究皆有一定之限度。今则那种限度，往往全被打破，有如后文所示；而所谓“行政的立法”，遂不能一律看作一种补充立法或所谓副立法。

* 本文原载《武汉大学社会科学季刊》第一卷第二号。