



法律出版社

民国法学论文精萃

(第一卷)

基础法律篇

主编 / 何勤华 李秀清



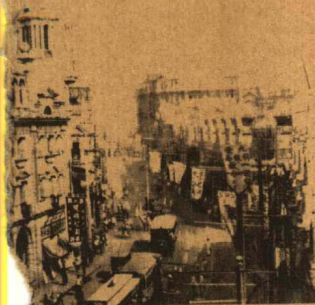
不然彼其所以成此主義者非由一二人之野心而出於大勢所驅迫蓋歐洲自

法律出版社

商業發達以來資本恒患過盈生產恒患過剩其勢沿滑靡知
繁地小不足自贍且工商興而農日病昔之居田舍業稼穡者今皆舍耒耜而
集都市役身為傭故荒蕪之地日多民益乏食其恃以為養者泰牛
當承平無事之日固不為害然苟遇戰爭則敵人一絕其糧道而
其禍之中於國家者云胡可算在今日商工既盛之後勢固不許復
是國家無時而獲安謐也況乎諸國競行保護貿易各欲伸其所生
生產關稅之牆壁日高即市場之範圍日狹其道雖兩弊乎然強者與弱者
其低或末
民國法學論文精萃
（第一卷）
殖此等土地先以之為生計上之隸屬國漸乃變
產物而消費其工業品則一也故爭以過盈之資

基础法律篇

主編／何勤華 李秀清



图书在版编目(CIP)数据

民国法学论文精萃·第1卷,基础法律篇/何勤华,
李秀清主编. —北京:法律出版社,2003.7

ISBN 7-5036-4122-3

I. 民… II. ①何…②李… III. 法律—中国—民国
—文集 IV. D929.6-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 004139 号

©法律出版社·中国

责任编辑/潘洪兴

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/27 字数/716千

版本/2003年8月第1版

印次/2003年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939685 63939689 传真/010-63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4122-3/D·3840

定价:56.00元

凡 例

一、本丛书系有选择地整理民国时期(包括少量清末时期)经典法学论文,不作有损原文的改动,只作适当的技术性加工。

二、原文为竖排版者一律改为横排,原文中的“如左”、“如右”等用语,相应改为“如下”、“如上”等。

三、原文繁体字改为简体字。

四、原文无标点符号或标点符号使用不规范者,一律改为新式标点符号。

五、原文所使用的年代,如“民国十年”相应改为“1921年”,或在文中第一次出现时在括号内作一说明。

六、原文所使用的专有名称、专门术语等相应改为现在通用的提法。

七、原文无段落划分者,适当划分段落。

八、原文明显错误的事实、数字、名称及其他引用材料,酌加改正。

序

民国时期,是中国近代法形成并最终定型时期。在该时期,中国不仅制定了一大批法律和法规,初步形成了近代法律体系,而且推出了众多研究法律、阐明法理的论著。这些论著中,虽然有不少带有明显的时代局限性,但也不乏优秀的精品,它们是中国法和法学史上一笔宝贵的财富。

三年前,为了完成上海市重点科研项目《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法的反思》,我们查阅了众多民国时期的法学论著。我们发现,由于时间的流逝以及保存条件的局限,这些论著有些已成为孤本(孤篇),有些纸张发黄、发脆,轻轻翻动即会破裂、掉页,面临着湮灭的危险。对此,我们非常心疼和焦急,当时就萌发了将这些论著尤其是其中的精华编辑整理重新出版的想法。

非常幸运的是,当我们将上述想法告诉法律出版社的领导时,得到了贾京平社长和杨克主任的热诚支持。大家商议的结果,达成了如下共识:在民国时期上万篇论文中,精选出500余篇优秀论文,以《民国法学论文精萃》的名义分专题编辑成册,陆续出版。这些专题为:

第一卷:基础法律编

第二卷:宪政法律编

第三卷:民商法律编

第四卷:刑事法律编

第五卷:诉讼法律编

第六卷:国际法律编

本卷作为第一卷,收录的是民国时期基础法学方面的论文,共

64 篇。

由于民国时期法学论文数量众多,全文选入的只能是其中的极小部分,还有大量未被选入的论文,我们就制作成目录索引,附在书后,以方便读者进一步查阅、使用。

对于所选入的论文,我们除了在每篇前面加了一个编者按,对文章的要点、作者生平事迹等作极为简要的说明,将部分繁体字改为简体字、异体字改为通用字,订正个别错误,以帮助读者阅读理解之外,我们未作任何改动,以保持该论文发表时的历史原貌。

华东政法学院法制史专业博士研究生陈灵海、硕士研究生冷霞、王沛、王晓锋、刘洋、马贺,一起参与了本卷的编辑整理工作,其分工,都在每一篇论文之后,在括号内注明。当然,对于全书可能出现的问题,则由我们两位主编承担责任。

由于本书编辑的工作量比较浩大,我们又是第一次从事这样的工作,加上民国法制史的知识不够深厚,因此,本书的缺点和错误在所难免,祈请读者能够予以谅解,并多提宝贵的意见,以便在再版时能予以改正。

何勤华 李秀清
于上海华东政法学院
2003 年 7 月 15 日

目 录

序

1. 法律之语源	丘汉平(1)
2. 法律之渊源	傅文楷(8)
3. 法律的基本概念	吴继熊(26)
4. 法的本质	朱怡庵(37)
5. 法律目的论	田浩征(50)
6. 国家与法之关系	野村浩治原著 毕 厚译(57)
7. 自由与法律	燕树棠(76)
8. 法律与道德	李 晋(89)
9. 法律与正义	江镇三(97)
10. 法与道德分化之由来及其趋势(摘录)	胡恭先(103)
11. 今昔法律的道德观	孙晓楼(118)
12. 法律与时间	丁同峻(128)
13. 法律社会化论	郑保华(134)
14. 三权分立论	毅 鑫(164)
15. 法治进化论	丘汉平(172)
16. 法律的新生命	陈进文(187)
17. 说研究法律之方法	王凤瀛(195)
18. 习惯在法律上之地位	黄秩荣(202)
19. 法律不容不知之原则	费 青(208)
20. 法理学与近代法律变迁之趋向	维 华(217)
21. 护法及弄法之法理学的意义	陈启修(229)

22. “人治主义”与“法治主义”	陈茹玄(237)
23. 中国法律教育问题几点	芮 沐(243)
24. 我国之法治精神	孙彼得(249)
25. 中国法制特有之精神	张金鉴(263)
26. 中国法学思想之国际地位	高维廉(275)
27. 中华法系立法之演进	蒋澧泉(279)
28. 建立中国本位新法系的两个根本问题	刘陆氏(295)
29. 先秦“法”的思想之发展	葛伯赞(310)
30. 怎样调节法律与国民感情	阮毅成(332)
31. 慎子的法律思想	丘汉平(337)
32. 关于现今法学的几个观察	吴经熊(351)
33. 法治国家的真谛	雷 震(375)
34. 今后我国法学之新动向	杨幼炯(381)
35. 现代法律的分类之我见	黄右昌(396)
36. 现代法律观	张 钰(418)
37. 比较法之研究	张鼎昌(424)
38. 现代法学之趋势	梅汝璈(437)
39. 法学思潮之展望	丁元普(448)
40. 从个人法到社会法	陈任生(454)
41. 世界法律地图	威格摩尔作 刘虎如译(464)
42. 希伯来法系考	威格摩尔著 谢德风译(479)
43. 古代希腊的法律思想	梅仲协(493)
44. 罗马婚姻法与唐明律之比较	章寿昌(508)
45. 罗马十二表法之研究	子 模 知行(524)
46. 现代法律哲学之三大派别	丘汉平(533)
47. 社会法律学派之形成及其发展	萧邦承(545)
48. 刺德布鲁夫(G. Radbruch)的相对主义法律 哲学	薛祀光(569)
49. 德国历史法学派之学说及其批评	朱显祯(579)

50. 社会法与社会法学	吴传颐(593)
51. 凯尔逊政法学说概要	阮毅成(602)
52. 论拿破仑百年纪念及其在世界法系上之影响 罗平杰著 邝星章译(613)	
53. 狄骥氏的私法革新论	章渊若(623)
54. 十九世纪法国革命后之法学思潮 艾尔瓦雷土著 刘遐龄译(639)	
55. 英国自然法学派对于美国独立宣言之影响	鲍先德(662)
56. 英美衡平法中之格言	张正学(681)
57. 庞德之法学思想	吴经熊著 狄润君译(692)
58. 美国当代大法官霍姆斯的生平及其家世	绂 征(708)
59. 论自然法的解释功能	Burke Inlow 著 员藏信译(716)
60. 判例与大陆法系	陆鼎揆(726)
61. 两大法系之进展与特质	徐砥平(734)
62. 美国的习惯法	[美]斯通原著 黄克勋译(751)
63. 借英国法中许多希奇有趣之点来阐明法律的 性质	张志让(770)
64. 苏维埃法理学与社会主义	[英]都布林著 萧瑟燕译(779)
附录:民国时期基础法律论文篇名索引	(793)

1. 法律之语源

编者按：本文首先对“法”在中国语源中的意义进行了考证，阐述了“灋”、“𡵓”、“刑”、“金”、“律”、“典”、“则”、“范”等字的含义，然后以罗马法中的“Jus”一词为例，对“法”在外国语源中的意义作了论证说明。

本文刊载于《法学杂志》第5卷第2期，1931年。作者丘汉平（1904—？），字知行，西名为：Henry H. P. Chiu，福建澄海（今龙海）人。历任上海暨南大学、东吴大学法政学院教授，福建大学校长等职，后去台湾。著有《中国票据法论》、《法学通论》、《违警罚法》、《罗马法》、《先秦法律思想》、《国际汇兑与贸易（合作）》等。

法律之语源

(在暨南大学演讲)

丘汉平

无论在那一个社会,总有一种规定社会现象的规范。这个规范的详细内容,虽不尽同,但其重要纲领却不外是维持社会与保护关系。这就是我们所习闻的法律了。讲来很奇怪,今古民族虽是参差不齐,文化程度高低不一,却各有一种法律以维系他们的生存。这种表现,在文字或言语上尤易看出。本题就是要说明法律一词在语言上的意义。现在为谋便利起见,分为二节述之。

一、法在中国语源上之意义

法的本字是“灋”,《说文》下注释说:“灋、刑也,平之如水,从水;廌所以触不直者去之,从廌去。”廌是什么东西呢?《说文》说是似牛,一角,古者决讼,令廌触不直者。由此看来,今文“法”字是具平直的意思,就是说,“法”字之创造,已是包涵正直。易言之,法律是求公平的。不但如此,法为要求平直,所以令不直者去之。去之则所以罚之也。故“法”字兼有刑罚的意思。《尚书·吕刑》说:“苗民弗用灵,制以刑,惟作五虐之刑,曰法。”这益可释明后来刑罚的观念。这种苗民的风俗到了和汉人接触之后,自然发生多少影响。至于《说文》说的“古人决讼,令廌触不直者”原是初民状态,在历史上与此类似的决讼的方法亦有不少的例证。后来社会渐次发达,诉讼程序自然是改变,法

的范围也就慢慢的广了。《释名》说：“法，逼也。莫不欲从其志，逼正使有所限也。”这个意义很明了，读过西洋法的人当然不必待我们来解释。法律是社会的必然现象，所以法是“逼”的，就是说法是由于社会所造成的。其在社会个人方面则因人人要自由。若听其无限制的自由，社会本身并无存在的可能。法律就是要逼他们不要过分自由，易句话说，各人的自由或意志，应当有界限，才可保持社会的安宁。“逼”字云云，无非是强制意思。

此外还有一个“法”字使我们不容易解释。《说文》说：“法、今文省；金，古文。”这就是说中国古时有二个法字，一是“灋”，一是“金”。今文的法是由前一字脱胎出来的，这是很易见的。因为中国古时有许多字很复杂，后来的人为节省麻烦起见，便把“灋”字省去了，不过后一个“金”字，据胡适之先生看来，是另外一个意义。他说“金”字是训模范的意思，这大约是他看到“金”字从亼从正，乃所以训模范也。胡先生又说“金”字比“灋”字来得古。“大概古人用法字起初多含模范之义，”这点也有些道理。一是合乎历史的进化定例。在邃古的人类，他们只顾到目前的关于社会的各种现象，没有普遍的认识。所以现今所认为很明白的“法律”，在最古之时，却还是莫明其妙。那时所谓法，大约是一种天道，后来社会进步，才能了解“模范”的意义。复次，我们就西洋的法字语源来说，也是一样的道理。单据罗马法而言，拉丁文的 Jus 比 Lex 来得古，而包涵的意思也很广。前一个字，在初时是指权利，正义，公正的意思，后来便慢慢地转解为法律之法。迨至罗马史乘时代，法律的专门名词就有另外一个 Lex 字。由此看来，胡先生说的“金”字是“模范”的意义，虽然没有充分的历史证据，却至少能给我们这样断定：在中国文字上“金”字的语源来得古，意义来得广，而“灋”字是比较进步的文字，其造字之动因是由于诉讼现象的增加。

不过我们自己有一点疑问：假令我们的推论是对的，那末模范的“金”字，后人为什么不用呢？何以后来所谓模范的法也是用“灋”字呢？这点我们似乎不能解答了。

《说文》“灋”下注，刑也。“荆”与“刑”是不同的。在《说文》的“刀部”只有“刑”字，是“剡”的意思。由此看来，荆的本意很狭。但是后来“荆”字常以“刑”字代之。据《段注》说：“荆罚典刑仪荆等字，以刑当之者，俗字也。造字之旨既殊，并声𠂔声各部，凡井声在十一部，凡𠂔声在十二部也。”《易》曰：“利用荆人，以正法也。”《荀子·疆国篇》说：“荆范正，金锡美。”就此两项观之，荆是“正的意思”。《说文》虽无“荆”字，但在土部“型”下说：“铸器之法也”，却亦是荆的意思。不过“灋”字为什么要说是与“荆”通呢？

因为荆是模型的意思，含有有条不紊的意义，寓有强制的解释。“荆”是从井从刀。从井者，所以取其有秩序，从刀者，所以取其有解剖条理。易言之，荆就是求公正的意思。“灋”者，即令诉讼的当事人藉一不知不觉之物得到公平。

今人说“法律”，实则古时的“律”字另有其语源。《说文》“律”下云：“均布也。”《段注》说：“律者，所以范天下之不一而归于一，故曰均布。”《史记·律书》说：“王者制事立法，物度轨则，壹禀于六律，——六律为万事根本焉。”

这都可释明律的语源不是用于法律的律字，却是在于“乐律”的律字。“乐”是有和谐的音调，一定的高低或拍子。这就是说“律”字具有标准的意思。音乐的拍子或音调不对，就不能动听。后来用到行为规则的法律上去，律字几乎代法而用，所以明严限也。我们只听古人谈“汉律”，“唐律”，“宋刑统”，“明律”，“大清律例”，固未闻有“汉法”也。研究法律之学，古时称为“刑名”或“律学”，法学实是近代凑合的名词。

此外尚有三个字和法律有因缘的关系，现在顺便简单的说明一下。第一个是“典”字。《毛传》说：“典常也”。《说文》“典”下说：“五帝之书也，从册在丌上，尊阁之也。”可见典的本义是尊贵的书册。后来对于古代的制度，通常说是“典章”，言其贵可为法。及至现在“法典”一词已专用于法律之有条文者。今人称民法曰“民法典”就是这个意思。第二个是“则”字。《说文》“则”下说：“等画物也，从刀贝；

贝，古之物货也。”《段注》云：“等画物者，定其差等而各为介画也。物货有贵贱之差，故从刀介画之。”梁任公先生解释这段说：“余谓古者以贝为货币，而货币之用，在于易中；（易中即是交易之媒介）故能权物之贵贱而等差之者，莫如贝，故曰等物。齐之如刀切焉，故曰画物。从贝以示等，从刀以示画，会意字也。盖含均齐秩序之意，既差等而又名之曰均齐者。”孟子曰：“物之不齐，物之情也。”本不齐者，因其等而等之，是则所谓齐也。故吾国文所谓“则”，常以为“自然法”之称。《易》“乃见天则”；《诗》“天生蒸民，有物有则”，是其义也。然既从刀则人事寓焉，故“人为法”亦得适用之。《周礼》“以八则治都鄙”。《郑注》云：“则，亦法也。”第三个是“范”字，说文无“范”字只在竹部的范下云：“法也，竹简书也，古法有竹刑，”《段注》说通俗文之规模曰范。《易系辞》说：“范围天地之化而不过。”《郑注》云：“范，法也。”后来“模范”“范围”等词，仍留字的本义，但在法律上却未曾将“范”字洗礼过。

二、法在外国语源上之意义

在外国文字上，法律一词也是由广泛进到狭义的。及至比较进步的社会，文字上常有数个不同的文字代表不同的意义。就现时各国文字上来说，大抵法律有二种名词：一个是包括广泛的，一个是包括狭义的。前者如拉丁文之 Jus，法文之 droit，德文之 Recht，意文之 Diritto，西文之 Derecho 等。后者则有另外的字以代表法律的意义。所以上述的各国名词，各有对待的名词如 lex, loi, gesetz, legge, ley, 等。不过在英文里，我们殊难找出与 law 对待的字。英文里纵有区别，亦不外是 law 与 a law 而已。

现在为便利说明起见，我们只与罗马法的尤士(Jus)为例。尤士与勒克士的分别究在那里？第一，尤士一字不但是具有法律上的适用，且包涵道德或伦理的观念。而勒克士则只有法律上的意义，没有别项的适用了。前一字既是具有伦理的观念，则是、非、善、恶、自然，是其所必谈的。不但如此，尤士亦兼涵权利的意义，例如罗马法家乌

尔比安 Ulpian 说：“正义是恒久继续的，使各人得到其尤士（就是权利）”。这里所说的尤士，便不是“法律”，乃是权利。如果解做“法律”，岂不是无意义么？但是在别个地方，他却说：“尤士”的使命是诚实的生活，不要伤害他人，给各人其应得的部分。这里的“尤士”既不是狭义的法律，又不是权利的观念，乃是一广义的法律具有道德的色彩。由此看来，我们就可知道“尤士”的意义之广泛了。从历史上说来，“尤士”比“勒克士”来得古。这因为在原始时代，文化简单，没有分别道德刑法等观念。

其次，“尤士”常是用做抽象的意义，而“勒克士”却常是实质或具体的。这种分别，我们可在德法意西诸国文字上找证明。依萨尔蒙 Salmond 的解释 Droit, recht, Diritto 等字经过的途径演进，是如此的：在最早之时，这几个字无非是表示“物体的正直”的意思，故英文中到现在还有保存这个意义。例如说“直角”，英文曰 Right angle，从拉丁文的 Rag 脱胎出来的。拉丁字 Rag 是指“正直”或“伸直”的意思。到了后来，社会日形发达，往来渐多，同群间自然发生关系，由这个关系，而渐次产生相同的道德观念，就把原来“物体的正直”意义借用。等到道德的正直观念发达之后，社会已是得到相当的进步，由道德的意义而转到法律了。到了这个时期，不但“法律”是包括法律的全体意义，且兼涵特个的法律而言。如英国之称“动产法”为 Law of personal property。这里所说的 Law，是表明法律的一部分意义。

因为这个缘故，“法律”一词的涵义得分为二，一是抽象的，一是具体的。例如我们说德国法英国法，这里的“法”字是抽象的观念，因为我们说德国法时，并不知其完全的内容；也许当我们说时，德国议会正在取消或增多一个法案了。这种变动事实，并不影响我们所说的德国法，这好比中华民国一个名词是个抽象的观念一样。我们说中华民国时，并不知道，也不能知道，其份子的确数。所以今日死亡了十万同胞和添增了百万同胞，完全不能变更中华民国的抽象观念。

但若我们只说“英国劳动法”时，“法”字就变为具体的意义了。就是说，我们所讲的不是英国法全体，也不是“劳动法”而已，却是“英

国的劳动法。”英国只有一种劳动法,如果英议会把他取消了,英国劳动法便不能存在。从适用方面来看,更可证明抽象的法与具体的法之不同。当我们说英国法时,所谓“法”并不指定那一部分。至于具体的“法”所说却是特种事实。

(王 沛)

2. 法律之渊源

编者按：本文作者认为法律渊源包括实质渊源和形式渊源，其中实质渊源又分为历史的渊源和法律的渊源两种。法律的渊源才是真正的渊源，它主要包括：习惯、判例和立法。

本文发表于《法学季刊》第3卷第1、2期，1926年。作者傅文楷，生平事迹不详。曾发表：《法治主义》（《厦大周刊》第303期，1932年12月）、《罗马法永佃权之研究》（《法学季刊》第2卷第6期，1925年10月）、《韩非的法律思想》（《法学季刊》第3卷第4期，1927年4月）等文。