

■ 民国·比较法文丛

# 比较法学概要

龚 钺 著



創于1897

商務印書館  
The Commercial Press

■ 民国·比较法文丛

# 比较法学概要

龚 钺 著



 商务印书馆  
The Commercial Press

2012年·北京

图书在版编目(CIP)数据

比较法学概要/龚钺著. —北京:商务印书馆,  
2012

(民国·比较法文丛)

ISBN 978-7-100-09016-2

I. ①比… II. ①龚… III. ①比较法学—研究  
IV. ①D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 050040 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

本书据商务印书馆 1947 年版排印

民国·比较法文丛

比较法学概要

龚 钺 著

---

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北京市白帆印务有限公司印刷

ISBN 978-7-100-09016-2

---

2012 年 12 月第 1 版 开本 880×1230 1/32

2012 年 12 月北京第 1 次印刷 印张 10 1/4 插页 2

定价:35.00 元

华东政法大学法律史研究中心

勘校整理

主持人 何勤华

勘校 本馆政法室

国家重点学科华东政法大学法律史

学科建设项目资助

中国政法大学图书馆提供版本

# 总序

比较法(法文 *droit comparé*, 英文 *comparative law*, 德文 *rechtsvergleichung*), 有时也称“比较法学”, 是指对不同国家或不同地区的法律理念、制度、原则乃至法律用语等进行比较研究, 发现蕴含在其中的一些共同性要素, 以实现各国、各地区之间法律的沟通、交流和融合, 使其获得更好地适用的一门学问。它既是一种法学研究的方法, 也是一个法学学科, 是近代西方社会进步、文化发达、法律昌盛的产物。

近代比较法诞生于法国。1869 年, 法国创办了世界上第一个比较立法学会, 试图通过比较各国的立法经验, 来完善本国的法律制度。1900 年 7 月 31 日至 8 月 4 日, 在法国举行的第一届比较法国际大会上, 与会代表提交了 70 余篇学术论文, 会议的召开宣告了比较法这一学科的诞生。1901 年, 刑部大臣沈家本(1840—1913)奉命修律变法, 主持修订法律馆, 参照外国的经验建立和完善中国的法制, 许多外国的法典和著作被引入中国, 比较法开始了其在中国的旅程。

1912 年, 中华民国政府建立后, 对比较法的研究十分重视, 出版了王宠惠的《比较民法概要》(1916 年)、王家驹的《比较商法论》(1917 年)、董康的《比较刑法学》(1933 年)和王世杰、钱端升的《比较宪法》(1936 年)等作品。与此同时, 日文汉字“比较法”

(“比较法学”)一词也被学界引入中国。除了专著以外,一些比较法译著也得以出版,如意大利学者密拉格利亚(Luigi Miraglia, 1846—1903)的《比较法律哲学》(1940年版)等。在此基础上,中国近代的比较法学科开始形成。

在此过程中,有几件事情对中国近代比较法的发展和定型意义特别重大。一是该时期出版了一批比较法的著作,发表了一批比较法的论文<sup>①</sup>。二是比较立法的事业有了进一步发展,从1912年至1949年,在比较各国立法得失的基础上,中华民国各届政府先后制定了《中华民国临时约法》,以及宪法、民法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法、土地法、银行法等主要的法律。三是比较法教育有了显著发展,各公立、私立的法政专门学校和法学院,扩大了外国法律课程范围,并将比较法制史、比较法学概论,比较民法,比较刑法,比较司法制度等都定为选修课。四是创办了比较法学会与比较法研究的杂志。

正是在上述基础上,中国近代的比较法研究开始走向繁荣。这当中,有几部作品所起的作用特别巨大。比如,攻法子所著《世界五大法系比较论》(《政法学报》1903年第2期)和张鼎昌的《比较法之研究》(《中华法学杂志》新编第1卷第9号,1937年),对比较法的基本问题进行了阐述,因而奠定了比较法总论的框架体系,历史与理论基础;又如,李祖荫(民法)、王世杰(宪法)、许鹏飞(刑法)等人的研究成果,属于比较法各论的代表作品,它们的出版,构成了中国近代比较法各论的主要内容;此外,龚铎所著《比较法学概要》<sup>②</sup>一书,虽然与当时出版的法学通论的内容大同小异,但它是

① 根据笔者的统计,该阶段我国共发表比较法的论文约有150余篇。

② 商务印书馆1946年。本书简化字版也由商务印书馆纳入《民国·比较法文丛》2012年出版。

中国近代唯一的一本以“比较法学”命名的著作,开了比较法总论专著之先河。

总体而言,民国时期的比较法研究,呈现出如下几个特点:第一,传统的法律比较与现代的比较法研究互相交叉;第二,比较法的发展与近代中国学习西方、模范列强的大背景息息相关;第三,受日本影响比较深,并在日本的引导下形成了中国近代的比较法(比较法学)学科;第四,比较宪法、比较刑法和比较民法等部门法的研究比较多,比较法总论性质的研究比较少;第五,比较法理论研究厥如,缺少比较法研究之概论性、总括性作品。在民国时期出版的40余部比较法著作中,总论性质的比较法著作只有上述龚铖所著的一部;第六,没有专门搞比较法的法学家,当时写有比较法的论著、对比较法研究作出贡献者基本上都是法理学、法史学或部门法学的学者,如梁启超、董康、程树德、杨鸿烈、吴经熊、王世杰、钱端升、王家驹、李祖荫、王宠惠、黄右昌、吴传颐、乐伟俊、朱志奋、许鹏飞、杨兆龙、白鹏飞和丘汉平等,没有一个纯粹搞比较法研究的学者;第七,对先进法律理念的崇尚和对先进法律制度的追求,成为贯穿于中国近代比较法研究中的一根主线。

1949年新中国建立以后,由于种种原因,比较法学一直不被重视,成为几乎被忘记的学科,20世纪50年代中国的法学杂志,如《政法研究》、《法学》、《政法译丛》等,极少刊登比较法方面的文章,即便是几篇刊登出来的文章,也往往以批判为主。这种局面持续了30年,直至1978年改革开放以后,比较法学才受到重视,获得了发展。1985年推出了龚祥瑞的《比较宪法与行政法》<sup>①</sup>,1986年,

<sup>①</sup> 法律出版社。

面世了上海市社会科学院法学研究所翻译的《各国宪政及民商法概要》(全6册)<sup>①</sup>,1987年又出版了沈宗灵的力作《比较法总论》<sup>②</sup>等。

20世纪80年代后期以来,在学界的努力下,我国的比较法学开始了较为迅速的发展。1988年,中国社会科学院法学研究所成立了比较法研究室,同年中国政法大学也成立了比较法研究所。之后,北京大学、华东政法学院、苏州大学、西南政法学院等,也都成立了比较法研究机构。1990年10月,中国法学会成立了比较法研究分会,沈宗灵、江平和刘兆兴依次出任了会长。自1979年北京大学创办《国外法学》之后,1987年中国政法大学创办了《比较法研究》,进一步推动了比较法研究的发展。比较法研究的著作和论文不断面世,优秀学者辈出,比较法学成为了我国法学领域中的一个重要学科。

改革开放30多年来,我国的比较法学虽然取得了长足的进步,但还存在着一些不足,除了高水平的作品还不多,研究队伍还比较弱小,政府和学界对它还没有足够重视之外,我们对历史上尤其是民国时期比较法研究成果的梳理、分析、继承和发扬光大方面,还做得非常不够,这不能不说是一个重要的遗憾。为此,在商务印书馆领导于殿利和政法室主任王兰萍,以及中国政法大学图书馆馆长曾尔恕的策划和鼓励下,我们从民国时期出版的40余种比较法著作中,精心挑选了一部分,陆续整理、勘校、解读后,予以重新出版。

---

① 法律出版社。

② 北京大学出版社。



在《民国·比较法文丛》整理、勘校和出版过程中,除了商务印书馆的全力支持之外,国家重点学科华东政法大学法律史研究中心、上海市社科重点研究基地华东政法大学外国法与比较法研究院对本丛书给予了项目经费资助,中国政法大学图书馆则为本丛书提供了原始版本。此外,我们还得到了各位勘校者以及相关专家的支持和帮助,对此,均表示我们诚挚的谢意。当然,对于丛书中出现的各种问题或缺陷,则完全由我们承担责任,也希望广大读者谅解,并批评、指正。

何勤华

于华东政法大学

外国法与比较法研究院

2012年10月1日

# 凡 例

一、“民国·比较法文丛”收录 1949 年以前法律学术体系中比较法研究的重点著作,尤以部门比较法居多。入选著作以名著为主,亦酌量选录名篇合集。

二、入选著作内容、编次一仍其旧,唯各书卷首冠以作者照片、手迹等。卷末附作者学术年表和题解文章,诚邀专家学者撰写而成,意在介绍作者学术成就,著作成书背景、学术价值及版本流变等情况。

三、入选著作率以原刊或作者修订、校阅本为底本,参校他本,正其讹误。前人引书,时有省略更改,倘不失原意,则不以原书文字改动引文;如确需校改,则出脚注说明版本依据,以“编者注”或“校者注”形式说明。

四、作者自有其文字风格,各时代均有其语言习惯,故不按现行用法、写法及表现手法改动原文;原文专名(人名、地名、术语)及译名与今不统一者,亦不作改动。如确系作者笔误、排印舛误、数据计算与外文拼写错误等,则予径改。

五、原书为直排繁体,除个别特殊情况,均改作横排简体。其中原书无标点或仅有简单断句者,一律改为新式标点,专名号从略。

六、原书篇后注原则上移作脚注,双行夹注改为单行夹注。文献著录则从其原貌,稍加统一。

七、原书因年代久远而字迹模糊或纸页残缺者,据所缺字后用“□”表示;字后难以确定者,则用“(下缺)”表示。

八、入选著作外国人名保持原译名,唯便今天读者,在正文后酌附新旧译名对照表。

## 王 序

龚君骏礼留欧前后十年，研究法律、外交，曾获格勒诺布尔（Grenoble）大学法律博士学位。服务外交，两摄驻巴黎总领事篆。余识之有年矣。近以其所著《比较法学概要》征序于余。错综复杂之法律问题，经其分析比较，简明扼要。其论我国法律思想，论法治，论行为，论法律与礼诸章，合前后而观之，自成系统，具见其深心独诣，与寻常泛论法学之书不同。而其释分权制度，述各派学说，举重若轻，亦足见其研究有素。值兹胜利建国时期，是书之刊行，足为提倡法治之一助。

1946 年秋东莞

王宠惠序

# 目 录

|          |     |   |
|----------|-----|---|
| 王序.....  | 王宠惠 | 1 |
| 导言 ..... |     | 1 |

## 第一篇 法学概念

|                       |    |
|-----------------------|----|
| 第一章 法学之范围 .....       | 7  |
| 第一节 狭义的法律与广义的法律 ..... | 7  |
| 第二节 法律科学之研究 .....     | 10 |
| 第二章 主要法学派 .....       | 16 |
| 第一节 希腊哲学 .....        | 16 |
| 第二节 宗教法学派 .....       | 17 |
| 第三节 自然法学派 .....       | 18 |
| 第四节 分析法学派 .....       | 21 |
| 第五节 功利主义学派 .....      | 22 |
| 第六节 历史法学派 .....       | 23 |
| 第七节 唯心法学派 .....       | 24 |
| 第八节 社会法学派 .....       | 28 |

## 第二篇 法律概念

|                     |    |
|---------------------|----|
| 第一章 自实质言 何谓法律 ..... | 33 |
| 第一节 法律的内容 .....     | 33 |

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| 第二节 法律的外观 .....         | 35  |
| 第三节 法律与道德 .....         | 37  |
| 第四节 法律与礼 .....          | 38  |
| 第二章 自形式言 何谓法律 .....     | 42  |
| 第一节 法律与形式 .....         | 42  |
| 第二节 习惯法与成文法之分别 .....    | 43  |
| 第三节 判例 .....            | 46  |
| 第四节 成文法之种类 .....        | 49  |
| 第三章 法律之分类 .....         | 59  |
| 第一节 法律分类举要 .....        | 59  |
| 第二节 各种法规 .....          | 64  |
| 第四章 法源 .....            | 73  |
| <br><b>第三篇 国家与立法</b>    |     |
| 第一章 政治社会 .....          | 77  |
| 第一节 社会团体与国家 .....       | 77  |
| 第二节 国家与其他团体之区别 .....    | 79  |
| 第三节 国家与政府之区别 .....      | 81  |
| 第二章 国家之主权 .....         | 83  |
| 第一节 主权观念 .....          | 83  |
| 第二节 对外主权与对内主权 .....     | 86  |
| 第三章 分权制度 .....          | 89  |
| 第一节 自防杜专制政治而言分权制度 ..... | 89  |
| 第二节 分权之理论与实际 .....      | 91  |
| 第四章 法律之制定 .....         | 97  |
| 第一节 人治与法治 .....         | 97  |
| 第二节 法律案之提议 .....        | 102 |

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| 第三节 法律案之讨论与决议 .....       | 104 |
| 第四节 法律案通过立法机关后之其他程序 ..... | 106 |
| 第五节 法律之变更与废止 .....        | 110 |
| 第五章 法律适用之范围 .....         | 112 |
| 第一节 属地主义与属人主义 .....       | 112 |
| 第二节 治外法权 .....            | 114 |
| 第三节 法律效力不溯既往 .....        | 115 |

## 第四篇 人

|                 |     |
|-----------------|-----|
| 第一章 法律人格 .....  | 121 |
| 第二章 自然人 .....   | 124 |
| 第一节 权利能力 .....  | 124 |
| 第二节 行为能力 .....  | 125 |
| 第三节 姓名与住所 ..... | 129 |
| 第四节 身份 .....    | 132 |
| 第五节 失踪 .....    | 146 |
| 第三章 法人 .....    | 148 |
| 第一节 法人之性质 ..... | 148 |
| 第二节 法人之能力 ..... | 151 |
| 第三节 法人之种类 ..... | 153 |
| 第四节 法人之设立 ..... | 154 |
| 第五节 法人之住所 ..... | 155 |

## 第五篇 权利与义务

|                    |     |
|--------------------|-----|
| 第一章 权利之意义 .....    | 159 |
| 第二章 权利与义务之关系 ..... | 162 |

|                      |     |
|----------------------|-----|
| 第一章 概说 .....         | 205 |
| 第二章 法律行为 .....       | 211 |
| 第一节 何谓法律行为 .....     | 211 |
| 第二节 法律行为与意思表示 .....  | 212 |
| 第三节 法律行为之要件 .....    | 215 |
| 第四节 法律行为之无效与撤销 ..... | 220 |
| 第三章 侵权行为 .....       | 224 |
| 第一节 侵权行为之构成 .....    | 224 |



|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 第二节 侵权行为之责任 .....          | 228 |
| 第三节 侵权行为之制裁 .....          | 231 |
| 第四章 犯罪行为 .....             | 236 |
| 第一节 民事违法行为与刑事违法行为之区别 ..... | 236 |
| 第二节 犯罪行为之构成 .....          | 238 |
| 第三节 犯罪行为之制裁 .....          | 246 |

## 第七篇 司法组织

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 第一章 司法独立之意义 .....     | 255 |
| 第一节 司法权之独立 .....      | 255 |
| 第二节 司法官之保障 .....      | 259 |
| 第二章 法院 .....          | 262 |
| 第一节 司法职务 .....        | 262 |
| 第二节 普通法院与特别法院 .....   | 265 |
| 第三节 普通法院之管辖权 .....    | 269 |
| 第四节 四级三审制与三级三审制 ..... | 272 |
| 第五节 合议制与独审制 .....     | 275 |
| 第六节 检察制度 .....        | 275 |
| 第七节 兼理非讼事件 .....      | 277 |

## 第八篇 国际法律冲突问题

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 第一章 法律冲突问题发生之原因 ..... | 281 |
| 第二章 本问题之法源 .....      | 284 |
| 第三章 各种学说 .....        | 288 |