

二十世纪中华法学文丛

# 日耳曼法概说

李宜琛  
著

中国政法大学出版社

二十世纪中华法学文丛

李宜琛  
著

# 日耳曼法概说

胡旭晟  
夏新华  
勘校



中国政法大学出版社

**图书在版编目(CIP)数据**

日耳曼法概说/李宜琛著. —北京:中国政法大学出版社, 2002. 11  
ISBN 7-5620-2301-8

I. 日... II. 李... III. 法律体系—研究—欧洲  
IV. D950. 9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 096661 号

---

书 名 日耳曼法概说  
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  
开 本 880 × 1230mm 1/32  
印 张 7.75  
字 数 105 千字  
版 本 2003 年 11 月第 1 版 2003 年 11 月第 1 次印刷  
书 号 ISBN 7-5620-2301-8/D · 2261  
印 数 0 001 - 3 000  
定 价 21.00 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 zf5620@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。

《二十世纪中华法学文丛》

编辑委员会

| 学术顾问                                  | 编委                                                                                                                                  | 常务编委                          |
|---------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------|
| 倪征燠<br>瞿同祖<br>芮沐<br>谢怀栻<br>潘汉典<br>沈宗灵 | (以姓名拼音为序)<br>曹建明<br>陈兴良<br>陈景良<br>范忠信<br>高鸿钧<br>何勤华<br>贺卫方<br>胡旭晟<br>刘广安<br>李贵连<br>梁治平<br>舒国滢<br>王健<br>王文杰<br>王涌<br>徐显明<br>张谷<br>朱勇 | 范忠信<br>胡旭晟<br>王健<br>张谷<br>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灭的危险。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

## VI 总 序

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

## Ⅱ 凡 例

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。

## 自序

这本小书的写成，记得是在民国二十五年的夏天，正是芦沟桥事变的一年以前。岁月匆匆，转瞬已是七年年头。不料这一册书稿，在这六七年中，也和作者一同经了若干人事的沧桑。回想起来，不禁有无限的感慨。

我自回国以来，即承白经天、余戟门二位师长的好意，留在国立北平大学法商学院，担任民法的课程。二十四年秋天，何海秋先生离校，戟门师叫我继续讲授外国法制史这一门功课，这在我当时实在感觉到是一种艰苦的工作；不过师命谆谆，不便固辞，只好勉强承受了下来。所谓外国法制史这一门课程的内容，原没有一定的标准，因为时间的限制，又不能牵涉范围太广。再三考虑，便决定仿照日本学者的先例，讲授日耳曼法的梗概。

在古代法制之中，对于近代法律影响最大的，可以

## II 自序

说有两个主潮。一个是罗马法，一个是日耳曼法。因为在罗马当时，商业发达，经济繁荣，有古代资本主义社会之称，所以支配当时的法律，就形式说是严密精确，就内容说，是主张意志自由，充满了个人主义的思想。日耳曼法的产生，虽在罗马法之后，但因为是农业社会的法律规范，所以反映着前资本主义社会的精神，没有成文的法典，只有习惯的聚集，法律的内容也大都是支配服从义务拘束的关系，不过可以说是富于团体本位的思想。中世纪的末期，都市勃兴，商业发达，固有的日耳曼法，已不足适合现实社会的需要，于是又纷纷继受罗马法，作为普通法。近代的法制，当然充分受了罗马法的影响，例如有名的《拿破仑法典》，几乎可以说是罗马法的近代版。但到德国民法制定的时候，法学思潮，已经有了显然的变迁，不得不在罗马法思想之外，参酌日耳曼法的精神。最近因资本主义已经到了烂熟期，弊害日益显著，代表资本主义社会的近代法制，不得不加以修正，所以最近法学思潮，才由个人本位趋向于社会本位，而团体本位的日耳曼法思想，于是也格外抬头起来。现代的社会立法，很多蒙受日耳曼法的影响。法律学者对于日耳曼法的研究，也可以说是到了白

热的程度。

因为同是农业社会的法律，所以日耳曼法中很有许多地方是和中国的固有法息息相通的。例如合有监护，共同继承，死者分……在中国都有类似的制度。又如中国法律上的典权，法律的性质应当如何解释，中外学者同一向有着热烈的论争。但我们研究日耳曼法的时候，便不难了解这是一种“纯然的物上责任”，和日耳曼法的“古质”，完全相同。可见日耳曼法的研究，不但可以帮助我们理解现代的法制，而且可以做我们研究中国法制史的比较参证。尤其是日耳曼法学者以现代法律观念整理固有法制的这种方法和态度，更可以供我们的效法。

但是，说也惭愧，我们贫乏的法学界中，关于罗马法的著作，虽然已经有了几种，但研究日耳曼法的著述论文，似乎一种还不曾见过。所以在我担任外国法制史讲义的时候，不但想把日耳曼法的轮廓，介绍给听讲的学生，同时，想趁此写一部关于日耳曼法的书籍，以补偿中国法学界的这种缺陷。这一本小书，便是在这种动机之下，写了出来的。

从民国二十四年的秋天，到民国二十五年的夏天，

#### IV 自序

埋首于这本小书的写作，记得曾经用了我课余的大部时间。完成之后，原想将课堂上的补充教材，一并添写进去，然后再加以订正修补，才拿出来就正于法学界的人士，不料下半年课务多忙，个人又有其他私事的牵累，始终没有修订的闲暇。二十六年，事变发生，学校奉命西迁，我也因为戟门师的委托，与学校同到西安。在匆促离开北平的时候，行篋中只带了几册参考必需的书籍，因为偶然的动念，这册书稿，居然也夹在书籍中，带到西北。不过，离平以后，手头无书，当年授课的笔记，也留在北平的寓所，自然更无从修改。于是这一册书稿，在行篋中，一搁就是五年。这期间，随我由西安到了闭塞的城固，去年又由城固到了重庆。今年接受国立编译馆的聘约，主编法律学名词和中国法制史料，因为参考上的需要，将这册书稿，清理出来，重读一过。敝帚自珍，对于这一册和我同时流亡五年的书稿，不觉有些怜惜之感。而且，在这五年之中，似乎还不曾看见有关日耳曼法的论著，这一册小书，虽然叙述简单，也许可以多少供有志法学者的参考。所以决定略加修正，即行出版，以了我当年介绍日耳曼法的宿愿，“推轮为大轂之始”，倘能进一步因此引起法学界对于日耳曼法



的研究兴趣，则将来完善的著作出现之日，这一本小书的命运，纵然只是用来“覆瓿”，作者也是感到满足的。

这本书既然是为外国法制史讲义而写的，所以在卷首原有一篇序论，略述法制史的意义，范围、研究方法以及日耳曼法在西洋法制史上的地位。现在付印的时候，为了名实相符，改题为《日耳曼法概论》，这一篇序论似乎已经成为蛇足，所以便将它删除，只保留了原书的本论。附记于此，以表示这册书稿的本来面目。

最后，这本书稿，从印刷到出版，友人陈北鸥兄曾予以莫大的助力，在这里对他表示诚恳的谢意。