

Bijiao Faxue Gaiyao

比较法学概要

龚钺／著 杨东霞／勘校

北京大學出版社



D908/15

2008

中国近代法学经典

Bijiao Faxue Gaiyao



比较法学概要

龚铖／著 杨东霞／勘校

北京大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

比较法学概要/龚铖著;杨东霞勘校. —北京:北京大学出版社,2008.6
(中国近代法学经典)

ISBN 978 - 7 - 301 - 13988 - 2

I. 比… II. ①龚… ②杨… III. 比较法学 - 研究 IV. D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 092680 号

书 名: 比较法学概要

著作责任者: 龚 铖 著 杨东霞 勘校

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13988 - 2/D · 2083

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 15.5 印张 246 千字

2008 年 6 月第 1 版 2008 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 30.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

《中国近代法学经典》序

近三十年来,中国法学繁荣发展,硕果累累。然学术理论的发展必以前人的积累为基础,不能凭空杜撰。中国近代西方法律制度的引入和学理探讨,便是今日法学繁荣的前提条件之一。

中国传统法律文化源远流长,但在近代以前,与西方传统迥然有别。罗马私法是近现代西方法律制度的源头,其规则来源于各部落和社会各阶层的利益平衡,并以公平正义为价值取向,因此,民法即私法极为发达,公法殊少规范。而近代公法的发展,也以保障私权利的实现为目标,强调私法优位。中国的法律传统却与罗马法截然相反,制定法几乎均为公法规范,而没有民事制定法,在公私法的制定上,与罗马法刚好形成正相对立的两极。其价值取向以统治为目的,公平正义只有在在不危及统治时才会予以考虑。而在法律渊源上,也只有君主立法,法自君出,与普通民众无关,崇君权而抑民权,这也就是几千年的中国只有“王法”而无“民法”的原因所在。传统律学只局限于对“刑律”条文的解释,具有人文主义精神的士大夫,也只能在如何减轻酷刑上下工夫。因此,法律文化的历史虽然久远,却不能创造出具有符合人类社会发展的合作精神的社会规则。

近代西风东渐,乃中国几千年来未有之大变局。太阳从西方升起,真理之光透过弥漫的硝烟,照临东方这片古老的灰暗土地,与此同时,自由之风徐徐吹来。中国迎来了一个有可能自由发展的时代。这也是中国第一个立法和法学繁荣发展的时代。

中国近代法制始于20世纪初满清末期的变法修律,至20世纪30年代国民政府完成六法全书的编纂,一个西方式的近代化的法律体系基本确立。与此同时,对立法的解释和学理的探讨,也取得了丰硕的成果,一大批著名法学家撰写了学术水平很高的法学著作,从而奠定了中国的近现代法学理论基础。但这一法律近代化进程在20世纪50年代戛然而止,中国全面倒向苏联,废除旧法统和六法全书。由于各种原因,按照苏联模式建立



中国自己法律体系的努力并不成功。直到 20 世纪 70 年代末,可以说中国的法学有近三十年的时间等于空白。那些在 20 世纪 30 年代至 40 年代崭露头角的法学家,在这一时期也许没有停止思考,但却停止了创作。这一时期,法学理论不仅没有得到发展,而且还出现了断代。

正因如此,近代法学理论对 20 世纪 80 年代以后的中国法学发展便有了特别重要的意义。首先,中国近代法学是现代法的理论渊源,因为在传统法文化中寻找不到依据,我们无法追溯得更远。在百年历史进程中,中国移植西方法的足迹清晰可辨,其得失成败都可为我们的未来发展提供历史与现实的借鉴。其次,由于近代是中国历史上绝无仅有的一段舆论自由时期,思想之花竞相绽放,各种法学观点得以尽情发挥,在学术上也达到很高的水平,具有相当高的学术价值。再次,法律移植不能无视传统文化的影响,新制度对旧传统的改造当然不能一蹴而就。中国近代法学理论与实践的探索,对于今天中国法学克服传统消极因素影响,确定未来发展方向,仍然具有现实借鉴意义。

实际上,近代法学理论的价值和作用,现实已给予了充分肯定的回答。20 世纪 90 年代以后,许多近代法学理论著作得以再版,为改革开放以后的中国法学发展提供了理论基础。但是,中国近代法学理论宝库极为丰富,至今仍有一些有价值的法学著作未能面世。因此之故,北京大学出版社选择部分近代法学著作予以再版,以飨读者,既可为新时期的法学发展提供理论支持,亦可免遗珠之憾。另启:因本套丛书原书出版年代久远,作者早已作古。如有人对本套丛书存有疑义,请直接与勘校者联系。

是为序。

王志华

2008 年 4 月 25 日于中国政法大学

勘校说明

一、本书原为上海商务印书馆 1947 年 5 月初版发行。

二、原书为竖排本,改为现在的横排本时,“左开”、“如左”等用语,也相应改为“下列”、“如下”等等。

三、原书繁体字一律改为简体。也有些字与现代用法不尽相同,如“藉”只在用于“借口”之意时才改为“借”,其他词语均保留原用法不变。

四、本书原有国家译名全部改为新译,如“义大利”改为“意大利”,“和兰”改为“荷兰”;人名也改为现代习惯译法,如“巴多拉”改译为“巴托鲁斯”、“萨威宜”改译为“萨维尼”;法典名称如《乍斯提里安法典》改译为《查士丁尼法典》等。

五、本书原版法典和所引书名均以引号“”代替书名号《》,勘校时均改为书名号。

勘校者识
2008 年 3 月

王 序

龚君骏礼留欧前后十年,研究法律外交,曾获 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

导 言

自国内各大学法科及商科之课程中有“法学通论”一门功课,以此命名而出版的著作,已有多种。但内容不同,体裁互异。诚以法学之范围过广,提纲挈领纳于一书,原非易事。窃以欧美学者所著,与“法学通论”相似的书籍,自其大体言之,欧陆派多注重理论,英美派则注重现实法(Positive laws)之研究。欧陆学者,自自然法学派之著作以迄于晚近,如 Em. Beaussire 所著“Les Principes du droit”,Vareilles Sommière 所著“Les principes fondamentaux du droit”,Roguin 所著“Les Règles du droit”,Kant 所著“First Principles of Turisprudence”(按此系英译名,依据 Hastie 译本),Ga-rais 所著“Introduction to the Science of Law”(原名“Rechts Encyklopädie”,经 Kocoveck 译为英文),Kohler 所著“The Philosophy of Law”,Luigi Miraglia 所著“Comparative Philosophy of Law”(按此书我国已有译本)等等,虽富于理论,然欲以引导初学灌输常识,则不切于用。

英美派学者,如 John Salmond, Roscoe Pound, Markby, Holland, Amos, Pollock 诸氏,均有通论法学之著述,其体裁似较宜于我国大学及一般社会之用。其书多命名“Jurisprudence”或缀以他词,如 Amos 所著,称之为“Science of Jurisprudence”及 Pollock 所著称之为“First Book of Jurisprudence”之类。

吾人编“法学通论”,倘于体裁上采取英美派著作,却不能翻译原书以充用。盖此项著作,须以本国法律为背景,英美法律,与我国法律不同,译其原本,不适于用。即在体裁上,亦不宜过于因袭。吾人编“法学通论”,当注意此书在我国之用途。法学之范围极广,何者应行采入,何者可以从略,何者综合讨论,何者分别叙述,其间伸缩留汰,应从慎重。

自本书之用途言之,约有三端:(一)泛论全部法律问题,俾学习法律者,对于法学全体,有一综合观察,庶几为分门别类的研究时,有触类旁通



的愉快。(二) 法学乃社会科学(Social Sciences)中一种科学,与其他社会科学,如政治学、经济学、教育学、心理学等,均有深切关系。肄习他种社会科学家,对于法学,须有相当认识,需要“法学通论”一类书籍为参证。(三) 吾人日常生活,无时不与法律接触。在提倡法治的今日,法律实人人应有的常识。是以法学通论,足备社会一般人士之参考。

本书定名为《比较法学概要》(Summary of Comparative Jurisprudence)。盖阐明固有文化,兼采各国之长,本系我国近数十年来之立法政策。本书虽以我国法律为主,而间述各国法律,以资比较,足明了现今制度所本。法学有共通之原理,公认之原则,举其概要,足助吾人了解现实法之意义。瓦勒洵美埃(Vareilles Sommière)有云:法律科学,如一巨厦,其中回廊复室,房间甚多,学者宜将该巨厦之全部结构认清,否则身入其中,必至迷惘失措(见所著“Les Principes fondamentaux du Droit” Introduction)。法学范围甚广,吾人往往将各种法律,分别研究。但法学全部,必须了然胸中,始能贯彻其意义。且法学中有若干问题,有关全部,例如“法律之分类”、“权利与义务”、“法律人格”等问题,均系整个法学中的问题。于专攻一种法规,如宪法、民法或刑法时,采讨此类问题,既患重复,复不能遍及。是以另行于“法学通论”一类书中讨论,实较适宜。

本书既非预备专家参考之用,更不足供法官律师辈之取携。是以他种“法学通论”之著作,有按照现行法之篇章次序而编制者,本书则付摸一般心理对于法律问题所欲明了之层次,逐渐叙述,完全不受成文法体例之拘束。惟第一篇涉及学理,述法学之范围与其研究之方法,并将各种法学派之学说略为比较。第二篇法律概念,言法律之形式与实质,并及法律之种类。第三篇言国家与立法,盖以研究法律,须有国家概念,而制定法律之程序,亦于此篇说明。由国家而及个人,第四篇以“人”(Person)命题,略述法律人格,行为能力,各种身份,如国民与外国人、公民、成年人、家属、亲属、配偶、血亲、姻亲等以及于法人。由人格而发生权利义务之关系,是以第五篇为“权利与义务”。权利之类别既繁,本篇于习见之分类外,更分别为人权、政治权、亲属权、财产权四者言之。既明了权义关系,进而讨论行为,是以第六篇为“行为”。吾人行为或以道德为标准,或以法律为标准。违反法律之行为,须受法律之制裁。制裁之者,乃国家司法机关,是以本书第七



篇为“司法组织”。又以今日国际关系之密切,国际法在近期,必有长足发展。私人间往来,多有根据国际法之必要。是以最后一篇为“国际法律冲突问题”,盖以国际法中所谓法律冲突问题,在最近期间,必将从专门学识而成为一般应有之常识也。本书编次如是,尚属尝试,是否有当,容以后再加修正。

我国历史上法律思想,迥异西欧。尊礼教而轻刑罚,斥功利而倡仁义。儒家学说,即物穷理,以为法律无论如何精严,终不足使社会生活安定。惟有以道德礼教矫正人心风俗,“礼防于未然之先,法禁于已然之后”,否则法网愈密,而奸伪横生,终不足以致治。此我国士大夫传统思想。是以对于礼制,深致意焉。三礼——周礼、仪礼、礼记——包含许多制度与思想,研究我国法制者,不可不读。盖我国昔所谓法者常指刑法而言。至于民法、商法、诉讼法、行政法、国际法等皆委之于道德习惯或礼仪。而昔所谓礼者,内容确切,违反之者,得受统治者之制裁,非仅礼貌仪节而已也。礼既包括人类社会行为之准则,而今日吾人所谓法者,亦指一切行为准则(Rules of Conducts)而言,是我国昔所谓礼者,实即法也。否则重礼轻法,岂天下有无法之国哉?

自鸦片战争以后,我国法制一变传统观念。于是防闲社会之工具,别异同明是非之规则,乃一归于法而不复求诸“礼”。所以安生计正行为者,法律负其责任。安可不力求其完善,进而使其适合于我国民族所固有之文化,成为中华法系,而与罗马法系,英美法系等并称于世乎?

在国人心目中,法律之为一种“必需有的灾殃”(Necessary evil)也,久矣。强者以犯法为快,弱者以巧避为能。如是而言“法治”,复乎远矣。实则法律内容,和易近人者,十之八九,生硬穿凿者,百无二三。昔以刑罚为法,今以日常生活之轨则为法。昔系义务之规条,今以权利为本位。惟因法律名词,非尽人所习惯,传统观念,未能一旦破除,于是社会大众对法律生憎恶之心。苟能灼见法律原理之浅近,省识今昔制度之不同,则所谓法律者,乃极凡俗易晓之常谈耳。此本书所欲表而出之者,幸读者察焉。

目 录

王序	1
导言	1
第一篇 法学概念	1
第一章 法学之范围	1
第一节 狭义的法律与广义的法律	1
第二节 法律科学之研究	3
第二章 主要法学派	8
第一节 希腊哲学	8
第二节 宗教法学派	8
第三节 自然法学派	9
第四节 分析法学派	11
第五节 功利主义学派	12
第六节 历史法学派	13
第七节 唯心法学派	14
第八节 社会法学派	17
第二篇 法律概念	19
第一章 自实质言何谓法律	19
第一节 法律的内容	19
第二节 法律的外观	20
第三节 法律与道德	22
第四节 法律与礼	23
第二章 自形式言何谓法律	26



第一节 法律与形式	26
第二节 习惯法与成文法之分别	27
第三节 判例	29
第四节 成文法之种类	31
第三章 法律之分类	39
第一节 法律分类举要	39
第二节 各种法规	43
第四章 法源	50
第三篇 国家与立法	52
第一章 政治社会	52
第一节 社会团体与国家	52
第二节 国家与其他团体之区别	54
第三节 国家与政府之区别	55
第二章 国家之主权	57
第一节 主权观念	57
第二节 对外主权与对内主权	59
第三章 分权制度	62
第一节 自防杜专制政治而言分权制度	62
第二节 分权之理论与实际	63
第四章 法律之制定	68
第一节 人治与法治	68
第二节 法律案之提议	71
第三节 法律案之讨论与决议	73
第四节 法律案通过立法机关后之其他程序	75
第五节 法律之变更与废止	78
第五章 法律适用之范围	80
第一节 属地主义与属人主义	80
第二节 治外法权	81
第三节 法律效力不溯既往	83



第四篇 人	86
第一章 法律人格	86
第二章 自然人	88
第一节 权利能力	88
第二节 行为能力	89
第三节 姓名与住所	92
第四节 身份	94
第五节 失踪	105
第三章 法人	107
第一节 法人之性质	107
第二节 法人之能力	109
第三节 法人之种类	111
第四节 法人之设立	112
第五节 法人之住所	113
第五篇 权利与义务	114
第一章 权利之意义	114
第二章 权利与义务之关系	117
第三章 构成权利之要素	119
第四章 权利之分类	122
第一节 自然权利与法律权利	122
第二节 公权与私权	123
第三节 对世权与对人权(亦称绝对权利 与相对权利)	123
第四节 主权利与从权利	124
第五节 原权与救济权	124
第五章 权利之分类(续)	125
第一节 人权	125
第二节 政治权	126
第三节 亲属权	127



第四节 财产权	133
第六章 时效	141
第一节 取得时效	142
第二节 消灭时效	144
第六篇 行为	149
第一章 概说	149
第二章 法律行为	154
第一节 何谓法律行为	154
第二节 法律行为与意思表示	155
第三节 法律行为之要件	157
第四节 法律行为之无效与撤销	160
第三章 侵权行为	164
第一节 侵权行为之构成	164
第二节 侵权行为之责任	167
第三节 侵权行为之制裁	169
第四章 犯罪行为	173
第一节 民事违法行为与刑事违法行为之区别	173
第二节 犯罪行为之构成	174
第三节 犯罪行为之制裁	180
第七篇 司法组织	186
第一章 司法独立之意义	186
第一节 司法权之独立	186
第二节 司法官之保障	189
第二章 法院	192
第一节 司法职务	192
第二节 普通法院与特别法院	194
第三节 普通法院之管辖权	197
第四节 四级三审制与三级三审制	200
第五节 合议制与独审制	202



第六节 检察制度	202
第七节 兼理非讼事件	203
第八篇 国际法律冲突问题	205
第一章 法律冲突问题发生之原因	205
第二章 本问题之法源	208
第三章 各种学说	211
第四章 关于法律冲突之几个实际问题	217
第一节 公共秩序与善良风俗之观念	217
第二节 关于法律行为之形式	219
第三节 意志自由主义	222
第四节 适用外国法时所发生疑义	225



第一篇 法学概念

第一章 法学之范围

第一节 狭义的法律与广义的法律

所谓法律(law, loi, Gesetz)者,本有广狭二义:自狭义言之,法律指成文的现实的法规(Written and positive laws),甚至仅指立法机关所制定的法律而言(参阅第二篇第二章“自形式言何谓法律”及第三篇第五章“法律之制定”)司法机关引用法律,行政机关执行法律,自当恪守成文法规,而将法律的定义作狭义的解释。然吾人于研究法学时,所谓法律,乃广义的名称。探讨法律原理,讲求法律之改善,不能将法律作狭义的解释。

罗马法学者西塞罗(Cicero)曾言:“世上无无法律的社会。”人类以合群为天性,虽极野蛮浑噩,均有若干规范存焉。自广义言之,均是法律。所以意大利诗人但丁(Dante)说:“地狱中亦有其法律。”大抵人类社会,最初仅有习惯规则,为全体所遵守,俾其共同生活,有继续之可能。此种规则之成立,乃根源于环境之需要,并无何种原理为依据。根源于经验,不以抽象的推断为依据。在实际的需要之下,习惯的意义渐形确定,于是到达制定习惯的时期。民族初期法典,如罗马之“十二铜表法”系根据习惯编成。习惯既经制定,社会上乃有成文法律,于是法律渐与习惯脱离。政治组织



进步,法律的制定有一定机关,其成立必经一定程序,其形式乃更明了。然法律并非有形式而后有。人类社会成立之初,无国家之组织。家族、部落、城市,均系人类共同生活之团体。原始社会,范围狭小,法律只通用于该小团体中人,无须何种形式。迨后团体渐形扩大,社会生活,亦日趋复杂,于是法律有具备准确明了形式之必要。是法律之有固定形式,乃社会生活使然,不能谓有固定形式者,始是法律也。

法律乃人类彼此相互关系中之行为准则(rules of conducts)。是以康德(Emmanuel Kant)云:“法律乃从人我间根据自由原则所为行为不至发生冲突之条件下寻绎出来的规则。”(“Elements Metaphysique de la doctrine der Droit”法文译本 Barni, p. 43)法国学者狄骥(Léon Duguit)以为:“法律乃生活于社会的人所必须遵守的行为规则,在某一社会中,某一时期内,常有若干规则,被认为公共利益之保障。”(L. Duguit “Traité de droit Constitutionnel” 1911, T. 1, p. 1)

所谓行为者,盖有区别于信念及内心所起的批评。法律所规定者,只是外表的行为。至于内心的作用,无所表现于外者,或为道德宗教所不许,但不为法律所过问。

抑行为所以有规定之必要者,因个人与他人有接触之处也。鲁滨逊漂流孤岛,虽其日常生活亦遵守若干规则,乃基于人类之本能与其求生之欲望。时或自己拘束自己,以保养其体康。但此非法律。法律根据人类彼此之关系而成立。有社会而后有法律,法律不能离社会而存在。且吾人以法律规正人类行为,从而支配一切无知之物。狗应蒙口,房屋将倾圯应即修缮。法律不能直接对狗或对房屋下命令。惟由人之媒介,而使狗竟蒙口,房屋竟修缮。推之大者远者,亦莫不然。

是以法律乃对有情感理智之人类而设立之规则。此所以大异于物理学或经济学中之定理定律。物理定律如“地心吸力律”(law of gravitation)经济定律如“供求相应律”(law of supply and demand)等等,存在于自然环境之中,无待规定与执行,人与万物,同受其支配。其对象常为无知之事物,吾人不能以理喻之,使其就范。是以绳墨斧斤施于木石。网罗罟阱,施于禽兽。吾人欲训练禽兽,使为某种行为,除加以鞭笞外无他方法。而对人则不然。法律规则之设立在于昭示人类,何者应为,何者不应为。提醒