

意大利

当代法学译丛

INTRODUZIONE

L DIRITTO COMPARATO

比较法导论

[意] 罗道尔夫·萨科 著



商务印书馆
The Commercial Press

意大利

当代法学译丛

Introduzione Al Diritto Comparato

比较法导论

〔意〕罗道尔夫·萨科 著

费安玲 刘家安 贾婉婷 译

 商务印书馆
The Commercial Press
创立于1897

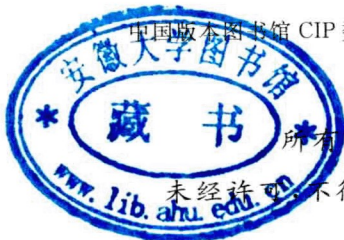
2014年·北京

图书在版编目(CIP)数据

比较法导论/(意)萨科著;费安玲,刘家安,贾婉婷译. —北京:商务印书馆,2014
(意大利当代法学译丛)
ISBN 978-7-100-09924-0

I. ①比… II. ①萨…②费…③刘…④贾… III. ①
比较法学—研究 IV. ①D908

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第072626号



所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

意大利当代法学译丛

比较法导论

[意]罗道尔夫·萨科 著

费安玲 刘家安 贾婉婷 译

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
北京瑞古冠中印刷厂印刷
ISBN 978-7-100-09924-0

2014年1月第1版 开本 880×1230 1/32
2014年1月北京第1次印刷 印张 11 1/4

定价: 32.00 元

Rodolfo Sacco

INTRODUZIONE AL DIRITTO COMPARATOR

Copyright © by UTET 2001

本书中译本根据意大利 UTET 出版公司 2001 年版译出

《意大利当代法学译丛》编委会

主编 费安玲

学术委员会主任 桑德罗·斯奇巴尼(Sandro Schipani)

保罗·格罗西(Paolo Grossi)

成员(按拉丁文名氏顺序):

佛朗切斯科·布斯内利(Francesco Busnelli)

里卡尔多·卡尔迪里(Riccardo Cardilli)

阿尔托·拜得鲁奇(Aldo Petrucci)

玛丽娜·蒂莫泰奥(Marina Timoteo)

《意大利当代法学译丛》

出版总序

时至今日,当时的情景历历在目……

2002年深秋的一天,在一个学术会议上,我与自己极为尊敬的研究生期间的老师谢怀栻教授恰巧相邻而坐。他没有过度的寒暄,直视着我,问:“小费,你对翻译意大利法学著作并在我们国内出版有何想法?”这恰是我在此之前于意大利博洛尼亚大学法学院进行学术访问期间一直在思考的问题。我认为有计划地、系统地翻译一批意大利当代法学家们的法学作品以介绍给我国法学界,应当是一件很有意义的工作。当我把自己的想法告诉他后,他不仅肯定并鼓励我尽快做起来,还希望能够看到意大利法学翻译作品尽快出版。但是,令我抱憾终身的是这套译丛没有能够在他生前问世。

在当代西方法学中,意大利法学以其鲜明的既传承罗马法传统又彰显近现代法治精神的特色而傲立于大陆法系国家的法典之林中。从纵向的视角观察,当代意大利法学的演进轨迹十分清晰,它是从遥远的罗马法向我们逐渐走来,其间经历了罗马法复兴的理念锤炼,形成了以人为核心的近现代法学的基础理念,在意大利成为一个统一的共和国之后,完成了从罗马法到近现代法学的华

丽转身,对欧洲法学的发展做出了强有力的推进并产生了不可忽视的影响力。从横向的视角观察,包括宪法、行政法、刑法、私法、欧盟法和诉讼法等当代意大利法学理论、法典化实践与司法实务构成了欧洲法律体系中重要的组成部分。尤其是意大利民法典,是当今国际社会中具有典型意义的民商合一型的法典。

意大利的法学研究在欧洲大陆国家中是很值得关注和借鉴的领域。其研究视野和研究水平在现代欧洲诸国家的法学研究中始终处于前列。溯其缘由,可以说有如下几个重要方面值得关注:

其一,意大利学术界自古以来存在着法律研究的偏好。这个偏好的最佳例证就是意大利人的祖先古罗马人对法律研究的丰硕成果。其法律研究不仅历史悠久、内容丰富、规则颇具体系,更为重要的是对后世的影响持续至今。恰如德国著名法学家耶林(Rodolf von Ihering)在其《罗马法精神》一书中对罗马法的评价:“罗马曾三次征服世界、统一了诸民族:第一次是在罗马民族尚强健有力之时,使诸民族有国家之统一;第二次是在罗马民族业已衰败之后,使诸民族有教会之统一;第三次则是由于中世纪对罗马法的继受,使诸民族有法之统一。”^①武力征服随着罗马帝国的灭亡而消失,宗教统一随着民众思想自由的倡导而影响渐弱,法律则因

^① 鲁道夫·冯·耶林(Rudolph von Ihering):《罗马法的精神——在其发展之不同阶段上》(*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*)第一编,莱比锡 1891 年第五版,第 1 页。德文原文: Drei Mal hat Rom der Welt Gesetze dictiert, drei Mal die Völker zur Einheit verbunden, das erste Mal, als das römische Volk noch in der Fülle seiner Kraft stand, zur Einheit des Staats, das zweite Mal, nachdem dasselbe bereits untergegangen, zur Einheit der Kirche, das dritte Mal in Folge der Reception des römischen Rechts im Mittelalter zur Einheit des Rechts.

其法律理念、法律制度观念和相当多的法律规则在不少后世国家的立法中被继受而产生持久性的影响力。

在 11 世纪、12 世纪期间及其后，意大利法学家们引领着罗马法复兴运动，将对法律的研究推向深入并紧密贴近近代社会的发展所需。时至 20 世纪和本世纪初，依然有许多意大利的法学研究人员活跃在意大利国内外的法学研究领域，这些法学家有关意大利本国的法律、欧盟法律及在比较法领域内的大量法学研究成果在欧美国家的法学研究领域始终享有很高的关注度。

其二，意大利学术界及其研究者对法学新问题的敏感。

意大利法学界及其法学家们对法学领域中出现的新问题有着异常的敏感度，因而在欧洲统一私法、中国与欧盟国家法律之间的关系乃至“金砖诸国”的法律前景等前沿问题研究的团队中，我们往往可以看到作为发起人的意大利学者的身影。当然，相对于德国法学家们对法律问题研究的执着性而言，意大利法学家们的耐性略逊一筹，但是意大利法学家们对法学领域新问题的敏锐观察力和提出问题并提出解决的法律方案的快捷能力，着实令人瞩目。

在我国，有关意大利法律的介绍始于清朝末期，迄今已逾百年。虽然有关意大利法学理论、法律规范的译作已有相当数量，但是基本上处于“碎片”状态，未形成一个体系。

本译丛翻译作品目录的筛选工作先后得到了徐国栋教授、当时正在意大利攻读法学博士而现在已经成为我国法学教育界的青年才俊的薛军教授、刘家安教授、陈汉副教授、罗智敏副教授、翟远见博士等学界同仁的大力支持，也得到了桑德罗·斯奇巴尼教授(Sandro Schipani)、罗道尔夫·萨科教授(Rodolfo Sacco)、弗朗切

斯科·卡尔卡诺教授(Francesco Galgano)、皮埃德罗·雷西纽教授(Pietro Rescigno)、玛丽娜·蒂莫泰奥教授(Marina Timoteo)、阿尔托·拜得鲁奇教授(Aldo Petrucci)、里卡尔多·卡尔迪里教授(Riccardo Caldilli)、司德凡诺·波尔切利博士(Stefano Porcellì, 中文名字叫司德法)等诸多意大利朋友的帮助。大家对翻译作品目录的筛选提出了许多有益的建议。但是,或许是由于文化差异,中国和意大利学者对翻译目录的筛选意见似乎不甚一致,故而翻译工作的进展在一段时间内并不顺利。不过,这已经成为过去时了,翻译书目的选择已经结束,翻译工作已经进入正轨。为了加强对本译丛的学术指导,我们还成立了由意大利著名的法学教授组成的学术委员会。

感谢我国著名的出版机构——商务印书馆,尤其感谢政法编辑室主任王兰萍博士、王曦编辑对本丛书的出版所做出的奉献。

我希望这套丛书能够对我国法学界、司法实务界乃至立法机构构建一个学习、研究意大利法学的平台,能够对推进我国法治建设发挥出一定的作用。当然,这需要我们脚踏实地的精神和不懈的努力。

与参与此工作的全体同仁共勉

费安玲

2012年6月于京城静思斋

《比较法导论》译者序

《比较法导论》一书的作者罗道尔夫·萨科(Rodolfo Sacco)教授是欧洲最著名的比较法学家之一。他于1923年11月21日出生在意大利北部一座美丽的城市福萨诺(Fossano)。他的父亲曾经是都灵大学法学院的教师,同时从事律师业务,并是一个活跃的工会政治活动的积极参与者和较有影响的新闻撰稿人,故而在当时的都灵市内是一个有相当影响的人物。

年轻的萨科在进入大学之前阅读到了当时意大利中世纪史学家F.科尼亚索(F. Cognasso)的作品,便立志成为中世纪史学教授。但是,在申报大学专业志愿时,因为家庭的原因,他最终还是成为了法学院的学生,不过,这样的选择却使他成为了对中世纪法史学有着深入研究和影响力的教授。从这个角度而言,他自小立下的成为中世纪史学家的志向依然在这个学科领域中获得了部分的实现,因为他成为了中世纪法史学家。

萨科的大学毕业论文讨论的是法解释学的基础理论问题,其得到了20世纪40年代意大利著名的民法和罗马法教授、时任都灵大学校长的马里奥·阿拉拉先生(Mario Allara)的指导。阿拉拉教授是一位法学造诣深厚且出类拔萃的学者,萨科从他那里学到了认识问题、分析问题并做出法学理智判断的思维方法。

1956年和1959年萨科先后撰写了对占有和因不法事实而获益的进行研究的结果。他在关于因不法事实而获益的作品中,将法国、德国和意大利的有关规则进行了系统的比较分析,即比较法学界所称的“微观比较研究”^①。伴随着该作品的完成,萨科对比较法有了更多的研究兴趣。

萨科对比较法的研究兴趣,与他广泛的研究领域和教学活动有着密切联系。自20世纪50年代末,他便在都灵一家欧洲法研究所从事研究活动并讲授大学毕业后的两年制法学教育课程,其所授内容涉及历史学、政治学、经济学和欧洲法。在20世纪60—70年代,意大利法学界掀起了研究社会主义国家法律的热潮,萨科带领着几个年轻的同仁也对这个领域的法律问题进行了深入研究。他们的研究成果被著名的罗马法学家G. 格罗索发表在其主编的刊物上,其后这个研究成果先后被翻译为法语和英语等语言在欧洲数个国家包括当时的一些社会主义国家内传播。自20世纪80年代,萨科将其研究的视线放在了专题比较研究上。他作为法学家观察没有法学家的社会与没有立法者的社会之不同并对其制度进行比较分析;他作为法人类学家诠释着集权社会与分权社会之间的不同;他作为语言学家从法律与语言的不同视角分析法的本质与制度价值。在萨科看来,研究法律应当有较为开阔的视野和多方位的思维,其中多方位的思维应当包括社会学、经济学、政治学、认识论、语言学、思想史、宗教史、人类学、心理学和生态

^① 所谓微观比较(microcomparazione)是一种对同一法系内的不同国家的法律进行比较分析的方法,其关键是借助不同语言对同一法系国家的法律制度做出比较。

学等^①。

萨科教授是一个做事认真、严谨的学者。他撰写的《合同》一书,其第一页是从1959年开始写的,而出版则是1975年,1993年又进行了修订。

此外,萨科教授是意大利大学法学院设立比较法学科的竭力推动者,在他和其他从事比较法研究的学者的努力之下,意大利大学法学院基本上都设立了比较法教席,在法学专业上设置了比较法、比较公法和比较私法专业。意大利中部和北部地区的数所著名大学如博洛尼亚大学、都灵大学、米兰大学和帕维亚大学等高等学府中的比较法学的教学和研究闻名于欧洲。

《比较法导论》是萨科教授最著名的作品之一。在该书中,他将自己对比较法的讨论内容分为“法律比较导论”和“法律体系研究导论”两部分。

在“法律比较导论”中,萨科教授体系化地完整阐述了他对比较法的理解。他首先回应了比较法是否存在的疑问,其后通过对比较对象的阐述、对一些国家的法学理论及若干私法制度的微观比较分析,揭示出比较法对法学的贡献、对法律统一所能够产生的作用。值得注意的是,萨科教授用了相当的笔墨对意大利比较法的教学活动进行较为详尽的分析,并提出了在欧盟经济一体化的背景下比较法的重要性及在教学上进行必要改革的紧迫性。

在“法律体系研究导论”中,萨科教授对不同法律体系的分类理论提出了自己的独到见解,并独树一帜地以集权和分权、有无立

^① <http://www.personaedanno.it/generalita-varie/intervista-a-rodolfo-sacco-marco-vorano>

法者、有无法学家为标准来划分不同的法律体系。他以罗马法为分析基础,对构建于罗马法和欧洲共同法基础上的罗马法系(即我们所称的大陆法系)最经典的诸民法典做出了分析,同时与罗马法系之外的其他法律体系相比较。这个观察和分析视角对欧美国家重新审视不同法律体系的特点有着重要的启迪作用。

本书的翻译文本是意大利 UTET 出版公司于 2001 年出版的 *Introduzione al diritto comparato*。本书的翻译工作由费安玲、刘家安和贾婉婷共同完成。在翻译过程中译者专门前往直意大利拜访了罗道尔夫·萨科教授,就翻译中的疑问与之进行了交流。感谢商务印书馆政法编辑室的主任王兰萍博士、王曦编辑在本书的翻译和出版过程中表现出的极为认真负责的精神和耐心。

费安玲

2012 年 4 月

目 录

第一编 法律比较导论

第一章 有关比较法的真假问题·····	3
第一节 比较的目的·····	3
一、有关科学目的的虚假问题·····	3
二、比较法与各国人民之间的理解·····	5
三、法律比较与各种法律模式的协调·····	6
四、法律比较与法律的统一·····	9
五、比较法学和比较方法:一对矛盾?·····	12
六、作为一门科学的比较法的目标:了解各种法律体系之间的 差异,从而增进人们对纳入比较的法律体系的了解·····	14
七、比较法与本国法的改良(通过借鉴外国法)·····	24
八、所有法律体系和规范之间的可比性·····	26
九、比较法的实践需要法律人类学的经验·····	32
第二节 语言问题·····	36
十、法律术语的可译性或不可译性·····	36
十一、翻译的对象·····	38
十二、由法律而生的翻译问题·····	41

十三、由语言而生的翻译问题	44
十四、定义以外的问题	47
十五、高度抽象的概念	48
十六、名词及其范畴	50
十七、翻译与语言以外的因素	53
十八、认同	54
第二章 比较的对象	58
第一节 构成要素的发现	58
一、“法律规范”的意义何在?	58
二、统一性原则批判	63
三、构成要素同一性的验证	64
四、比较法:历史科学	67
第二节 各构成要素及其结合	69
五、“判决要旨”与“判决理由”之区分的出现	69
六、“基于事实”之方法的发展:康奈尔大学的研讨 (1957—1968年)	71
七、某些构成要素的特征	77
八、各法律构成要素不和谐所产生的后果	81
九、各构成要素间的分歧、法律知识以及对立制度之间的同化	83
第三章 若干应用事例	86
第一节 法律渊源	86
一、法律渊源的表述	86
二、法律渊源和解释	89

三、作为法源的学理	92
四、学术力量的正当性及其前提	96
第二节 契约和双方法律行为	99
五、问题的提出	99
六、罗马法系国家的材料	101
七、普通法系国家的材料	113
八、材料的蕴意	118
第三节 契约外责任的客观要件	122
九、问题的提出	122
十、从 1806 年至今的法国理论	123
十一、德国和意大利的理论	133
十二、英国与美国的情形	137
十三、评论	139
第四节 动产所有权的移转	142
十四、问题的提出	142
十五、由共同法到法国法和意大利法	143
十六、由共同法到《德国民法典》和《奥地利民法典》	145
十七、英国法	146
十八、由总体规则到法律适用	148
十九、以图形表示	153
二十、分歧(尤其是与学理观点的分歧)	155
二十一、所有权的移转与所有权人的特性	159
第四章 比较法的成果	166
第一节 比较法对法学的贡献	166

一、潜规则	166
二、一个新学科:法律系统学	170
三、为社会科学服务的比较法	173
第二节 法律制度的变迁	175
四、法律的变迁	175
五、变动中法律制度的特点	180
六、法律变迁的原因	186
七、创新的原因	194
八、法律借鉴的原因	196
九、法律借鉴的类型及突出事例	203
第三节 比较法与法律统一	206
十、法律统一的进展及其理论	206
十一、反对法律统一的几项理由	210
十二、法律统一与政治对立	213
十三、差异的测定	215
十四、统一的法学	223
第五章 法学人才培养的比较	226
第一节 意大利的情况	226
一、1938年课程设置及其衰败	226
二、法学院	231
三、国际机构	234
第二节 前景与展望	237
四、比较法讲授的各种概念	237
五、若干展望	241