

〔美〕 约翰·亨利·梅利曼 著

大陆法系

知 识 出 版 社

大 陆 法 系

——西欧拉丁美洲法律制度介绍

〔美〕约翰·亨利·梅利曼著

顾培东 禄正平译

知 识 出 版 社

1984·6·上海

THE CIVIL LAW TRADITION

An Introduction to the
Legal Systems of Western Europe
and Latin America

JOHN HENRY MERRYMAN
STANFORD UNIVERSITY PRESS

STANFORD, CALIFORNIA

1969

根据美国斯坦福大学出版社 1969 年第 1 版译出

大 陆 法 系

——西欧拉丁美洲法律制度介绍

〔美〕约翰·亨利·梅利曼著

顾培东 禄正平译

知 识 出 版 社 出 版

(上海古北路 650 号)

新华书店上海发行所发行 江苏梅李印刷厂印刷

开本 787×1092 毫米 1/32 印张 6 插页 2 字数 119,000

1984 年 6 月第 1 版 1984 年 6 月第 1 次印刷

印数: 1-6,000

书号: 6214·1014 定价: 0.88 元

内 容 提 要

大陆法系是当今世界上起源最早、影响最广的法系之一。本书简明而系统地阐述了大陆法系的历史、发展情况和西欧、拉美等一些属于大陆法系国家的法律制度概貌，以及大陆法系和英美法系的异同。本书译文流畅，通俗易懂。有关法律工作者、法律院校师生和其他读者可以从中了解法系方面的知识，并得到启发。

原书内容提要

本书是为一般读者编写的。大陆法系是当今在西欧多数国家、整个拉丁美洲以及亚洲、非洲、中东部分地区占统治地位的法系。本书简要介绍这一法系的历史,并对其作了分析。世界上另有两大法系:一是英美以及其他英语语系国家的普通法系;二是苏联和其他社会主义国家的社会主义法系。大陆法系起源于罗马法,因而远比其他两大法系古老。

在大陆法系内,国家间的法律制度差异甚大。作者并不打算揭示这些差异,也没有专门介绍大陆法系某一国家的法律制度。相反,作者力求论述它们的共同点,探讨使这些国家归为同类的内容,以使这些国家能够显示出与其他法系不同的特点。

本书的前面几章着重介绍了对大陆法系的历史发展作出重要贡献以及为大陆法系提供理论基础的五个要素:罗马法、教会法、商法、法国革命所产生的理性力量以及德国法学的影响。

作者还用较长的篇幅介绍了大陆法系的概貌:法典和法典编纂、判例的效力、法律解释、确定与衡平的地位、法学、法律部门的划分和法律职业的分工、诉讼程序制度以及公法。

斯坦福大学出版社

译者序言

如果以罗马私法的形成作为大陆法系的始端,那么,这个法系迄今已有二十多个世纪的历史。然而,由于众所周知的原因,我国过去对这个古老法系的了解和研究十分欠缺。梅利曼教授的这本专著,系统地介绍了大陆法系形成和发展的历史过程,较为全面地论述了大陆法系的主要特点,为我们了解大陆法系提供了一份较好的参考资料。

大陆法系发展的历史长河,是由数个不同支流融会而成的。梅利曼在本书中轻重有置地介绍了五个主要支流:罗马法、教会法、商法、西方革命对大陆法系的影响以及德国法学。从而为我们构画了大陆法系历史演进的概貌。

大陆法系最古老的渊源是罗马法。梅利曼着重叙述了罗马法几度枯荣的盛衰史。早在罗马王政时期,罗马奴隶制法就有了相当的发展。但是,当拜占庭帝国皇帝查士丁尼即位时,罗马法已趋于衰腐。重振帝国的雄心,激发了查帝编纂法典、恢复古老纯正的罗马法的宏愿。在他主持下,法典编纂委员会经过为期六年的努力,形成了后世称为《国法大全》的巨作,使罗马法的发展达到最高峰。随着罗马帝国的灭亡,《国法大全》的地位也一落千丈。当欧洲重新振兴,欧洲人再度控制地中海时,整个欧洲大陆也席卷了一场以意大利波伦亚为中心的罗马法复兴运动。这样,罗马法的发展又一次进入鼎盛阶段。此后,虽因民族国家的兴起,主要由罗马法和注释

法学家著作所构成的欧洲共同法遭到排斥,但是,罗马法已因其成为惯用的法律和它在技巧上的先进而为各国所普遍接受。法国、德国以及意大利等国的民法典便代表了这一趋势。

梅利曼对教会法的发展和影响作了略述。教会法是大陆法系这一交响乐章中一组不长的和声。在黑暗的中世纪,法学成了神学的婢女,法律也成了宗教的工具。随着欧洲大陆各国纷纷皈依基督教,教会的权力不断扩大,教会法也得到了很快发展,并配合僧俗两界的政治斗争,与世俗法律各占半壁,分庭抗礼。宗教改革运动的开始,敲响了宗教统治的丧钟,教会法也被世俗法律所吸收而结束了自己的历史。但是,它对大陆法系家庭法、继承法、刑法以及刑事和民事诉讼法留下了不可忽视的影响。

梅利曼把商法看作大陆法系历史渊源的组成部分之一。商法萌芽于古代地中海沿岸国家,发达于十字军东征后的意大利,繁盛于近代资本主义各国。商法产生的初始,仅是调整商业事务的规则,以后不断发展成为具有国际性的法律。十八、十九世纪,大陆法系各国普遍编纂了商法典,从而正式确立和巩固了商法的地位。现代大陆法系的商法不断同民法融合。一方面由于商务活动的主体突破了商人范围,商法不断为民法所取代;另一方面,由于现代工商业国家重视商业的发展,商法又逐步受到重视,因此,形成了商法“民法化”和民法“商法化”这两个彼此消长的趋势。其结果,民法因“商法化”得到丰富;商法却因“民法化”而受到削弱。

在本书中,梅利曼还用专章论述了西方革命对大陆法系的影响。十八世纪开始的西方资产阶级革命以摧枯拉朽的理性力量,使大陆法系发生了重大的历史变革。革命的思想意识

渗透于大陆法系的法律(尤其是公法)之中,在一定程度上改变了大陆法系的传统模式,而形成了富有革命意义的新颖格局。自然法思想产生了法律面前人人平等的原则;权力分立的理论导致了司法、立法权的截然分开;国家实证主义排斥了宗教和地方势力对国家法律活动的干预;理性主义观念否定了封建司法的专横和擅断;“个人私有权”和“契约自由”的口号打碎了传统的封建土地和人身依附的枷锁。尽管这场革命多少给法制改革披上了“乌托邦”的色彩,但是,经过革命洗礼后的大陆法系,已呈现出崭新的风貌。

面对“概念明确、条理清晰、逻辑严密”的大陆法法典,任何一个不数典忘祖的大陆法系法律职业者都会承认法学在大陆法系发展过程中的作用。梅利曼通过对德国法学的介绍,论述了大陆法系的最后渊源——法学。法学在大陆法系已有久远的历史。但是“纯粹”的大陆法学只是到了十九世纪才姗姗来迟。以萨维尼为首的德国潘德克顿派学者,在法学研究的方法、法律概念及其运用、实体法与部门法的划分、法典编纂的方式等方面作出了前无古人的浩繁工作。他们的研究成果最终反映在《德国民法典》的科学体系以及德国民法学说之中,并进而推动了整个大陆法系法学研究和法律法典化的进程。

对上述五个历史渊源,梅利曼运用联系的观点加以考察,分析了各个渊源的承继性。与此同时,对与这五个渊源并存的其他因素也作了适当介绍。

自日本学者穗积陈重首创法系理论后,人们就不断地探求各个法系,尤其是大陆法系和普通法系的特点,比较各法系的异同。梅利曼教授在本书中同样没有回避这些问题。但可

贵的是，梅利曼并没有简单地给大陆法系和普通法系贴上红、黑两张标签以示区别，也没有流于俗见，随意对彼此作出褒贬或贬责。相反，他透过各种表面现象去探究两大法系各个特点形成的真正原因以及各特点间的相互联系，并把这些特点放到一定历史背景中评价其功过得失。

梅利曼认为，实行政府权力严格分立的大陆法系国家，必然强调把立法权集中于立法机关，而不允许司法机关染指。这样，就产生了一系列结果。首先，普通法系“服从先例”的原则在大陆法系受到否定。大陆法系不承认任何法院的司法判例具有法律效力。即便是最高法院的判例，也不能拘束基层法院。其次，排斥法官对于法律的解释权。在大陆法系的理论中，无论法官对法律作何种解释，都意味着“法官立法”，甚至法学家也不应对法典作何种评注。当这种要求无法适应司法实践时，法国、意大利等国一方面不得不承认一定的司法解释权，另一方面又设立了非司法性质的上诉法院，以审查司法解释是否有违立法本旨。这样，既使立法权得到维护，法律解释工作又不必立法者躬亲；再次，严格维护法的“确定”，而不承认法官有任何衡平权。尽管违护法的“确定”，必然在个别案件中牺牲公平原则，但大陆法系国家却不惜这种代价，以个别的不公正来求得整体的公正。

要求法官不折不扣地适用立法机关制定的法规，必然导致法律的法典化，以使法官能够得心应手地引律据典。因此，与普通法系相比，大陆法系更加注重法典的编纂。从查士丁尼到腓特烈，从拿破仑到俾斯麦，都把法典编纂看成是法制建设的重要任务，并力求使所编纂的法典完整以适用于各种事实状态；清晰以无需任何解释；逻辑严密而不出现任何冲突，

从而使法典的适用成为一个“自动”的过程。在论述这一特点时，梅利曼批评了那种把有无法典和法典的多少作为两大法系区别标志的认识，指出两大法系的真正差异在于法典编纂的思想、法典系统化和概念化的程度以及对待法典的态度不同。

梅利曼认为，大陆法系对司法解释权以及法官衡平权的轻视和否认，决定了对法官活动的限制和对法学家作用的器重。法官俨似一个机器操作工。他只能谨慎地活动于立法者所设定的框框之内，而不能越雷池一步。相反，法学家们始终受到推崇，因为唯有法学家才能创造出“系统、清晰、逻辑严密”的法典，才能设计出庞大而复杂的法律机器。同时，与普通法系法学家的务实精神不同，大陆法系法学家醉心于抽象的理论法学，对司法实践所提出的问题不屑一顾。

研究大陆法系的特点，总是以这个法系的某个具有典型意义的历史断面为基础的，梅利曼教授也是如此。他以西方革命后的法国、德国、意大利等国家的资产阶级法制建设为主要历史背景，对大陆法系的特点进行分析。然而，梅利曼没有把目光局限于这一阶段中，而是把考察的踪迹撒向了大陆法系的今天和明天，阐述了大陆法系目前的现状，并预示了它未来的发展趋势，特别描绘了两大法系互相交融、彼此竞合的前景。不仅如此，梅利曼在叙述大陆法系各国的共同特征的同时，又介绍了法国、德国以及意大利这几个主要国家所走过的独特的道路。

作为普通法系的资产阶级法学家，梅利曼在本书中不可避免地站在资产阶级立场上贬低社会主义法律制度。他忽视了经济因素在大陆法系形成和发展中的根本影响，夸大了个

人在法律发展中的作用。同时，他又在一定程度上带着普通法系的偏见评价大陆法系制度。这种立场和偏见，自然为我们所不取。

本书初稿译出后，蒙刘鸿惠、夏登峻两同志作了校对；林向荣同志对全稿从业务上作了认真审定。在我们把这本小册子奉献给读者时，谨向他们致衷心的感谢。

由于我们翻译水平不高，可参考的资料有限，故译文中不妥之处难免，敬祈读者教正。

译 者

一九八三年十月于西南政法学院

序 言

这本书献给业余读者。

对于希望了解西欧和拉丁美洲法律制度之间的联系以及它们同英美法律制度之间区别的一般读者；对于想要了解欧洲和拉丁美洲文化中法律概况的业余法学爱好者；对于学习历史学、政治学、社会学、哲学、国际关系学以及法学等课程而要求课外读物的学生，这本书将会提供一些有益的东西。尚未学过外国法和比较法而因工作或其它需要想弥补这方面不足的法律职业者，也可从中获得帮助。对于那些因公、私事务涉足欧洲和拉丁美洲（或其他大陆法系国家）的人们来说，本书亦有一定的参考价值。不过，象我这样从事外国法或比较法研究的专业法学家，却可能认为本书仅系一般的、基本的知识介绍而不感兴趣。

虽然，在本书中我曾表明不打算介绍任何具体国家的法律制度，但对有关法国和德国的一些特殊问题也不得不加以论述。法、德两国对大陆法系的形成和发展作出了卓越的贡献，至今还在大陆法系的法学理论中占有主导地位。可是，法、德两国的法律制度都不是“典型”的大陆法制度，而且从某种意义上说是最不典型的制度。法国革命的思想 and 法国法典编纂的方式对德国法典的影响是有限的；德国法学也从未真正盛行于法国。然而，大陆法系中的其他一些国家却在很大程度上接受和融会了法、德两国的影响。这种情况，在欧洲地中

海沿岸国家和拉丁美洲的绝大多数国家尤为显著，其他一些国家在某种程度上也是如此。法国或德国的读者可能发现，本书中讲到的许多内容并没有完全反映他们的法律制度，这是因为他们各自国家的法律制度并非“典型”。大陆法系包括欧洲、拉丁美洲、亚洲、非洲和中东许多国家的法律制度，书中介绍的是它们共有的法律制度，而限于法、德两国。

这里我顺便说一下本书的观点问题。自然，我并不是建议所有大陆法系国家的法律职业者都接受或相信本书中关于大陆法系的评介，因为这些观点对于读者来说可能失之偏颇。恰恰相反，我始终表明，我是在论述“流行”的看法（我提请读者注意我在第十九章中一再强调的观点）。在法律思想的发展过程中，有持正统观点的法律职业者，有精通法学、富有批判性的法学家，这种法学家人数少并且不具有什么代表性。因此，即便在最落后的国家中，也会有少数法律职业者对本书的观点持相异的想法。在象法国和德国这样较为先进的国家里，开明而有修养的法律职业者的人数多，其法律秩序摆脱传统观念的不利影响的程度也较大。这是法、德两国制度不具典型性的又一例证。本书按大陆法系中持正统观点的法学家们的思想方法进行论述，这在法学思想的先进者看来，自然是错误的。

斯坦福大学法学院院长贝利斯·A·曼林告诉我需要有这样一本书，并鼓励我动笔。三位著名的比较法学家——佛罗伦萨大学教授莫罗·开普列，牛津大学前任教授F·H·劳松以及汉堡的马克·普兰克大学教授康拉德·委吉特，热心地阅读了本书初稿并提出了许多修改意见。我在斯坦福大学的同事乔治·图尔斯·毕尔博士在罗马法的许多问题上给了我

大的帮助。不少富有想象力和创造力的学者撰写的大量外国法和比较法的专著,使得本书能从中吸取不少教益。马克·普兰克学院研究协会的海因·科特博士以及斯坦福大学法学院一九六七年到一九六八年间兼任教学工作的研究生杰尔特·罗里斯,也在很多方面帮助了我,特别是对有关德国法律的问题提供了权威性的意见。罗斯特·约翰·里根先生干练、耐心和热情地为本书出版做了大量工作。在此,对上述各位谨致谢忱。

约翰·亨利·梅利曼

一九六九年于斯坦福

目 录

序 言	(1)
第一章 三大法系概说	(1)
第二章 历史起源	(7)
第三章 革命对大陆法系的影响	(16)
第四章 法律渊源	(21)
第五章 法典与法典编纂	(29)
第六章 法 官	(37)
第七章 法律解释	(43)
第八章 确定与衡平	(54)
第九章 法学家	(64)
第十章 法 学	(70)
第十一章 民法一般原理	(79)
第十二章 法律活动	(93)
第十三章 法院系统	(100)
第十四章 公法与私法的划分	(106)
第十五章 法律职业	(119)
第十六章 民事诉讼程序	(133)
第十七章 刑事诉讼制度	(146)
第十八章 公 法	(155)
第十九章 回顾与展望	(165)

第一章 三大法系概说

现代世界中三个主要法系：大陆法系、普通法系和社会主义法系。本书所要介绍的是其中历史最长、分布最广、影响最大的大陆法系。

读者将会注意到，这里我们所使用的术语是“法系”而不是“法律制度”，其意是将两个完全不同的概念区别开来。我们这里所说的“法律制度”，是指一系列现存的法律规范、程序和机构。就这个意义来讲，美国有一个联邦法律制度和五十个州的法律制度。每一个国家都有其独立的法律制度，即使象欧洲共同体和联合国这样的组织，也有其独立的法律制度。在这个由主权国家和国际组织构成的世界上，有多少个国家和组织，就有多少种法律制度。

各国的法律制度通常都被分为“系”或“类”，因此，英国、新西兰、美国的加利福尼亚和纽约的法律制度就被称为“普通法”制度。用这种方式将它们归为一类是有充分理由的。但是，并不能因此就认为他们有相同的法律规范、程序和机构。相反，它们之间不仅在实体法上差异很大，而且在程序法和法律机构上的区别也很明显。

同样，虽然法国、德国、意大利、瑞士、阿根廷、巴西以及智利都有其各自的法律制度，但实际上它们常常被称为“大陆法”国家。这本书就是要阐明：为什么要根据某种方式把它们归为一类？这种归类区分的意义何在？同时，认识和了解这些

国家现存法律制度的许多差别也是很重要的，因为它们各自有着很不相同的法律规范、程序和机构。即使处于苏联势力范围内的东欧国家，虽然有着强大的力量使各国法制趋向于统一，它们之间的区别仍然清晰可辨。尽管这些国家都统一归类为“社会主义国家”，可是在许多方面甚至在根本问题上，它们之间的差别也很大。例如，苏联的全部土地都归国家所有，而其他大多数社会主义国家却承认私人土地所有权，甚至允许私人拥有生产性耕地。近几个世纪以来，在强调国家主权的重要性，推崇以民族特征和传统为内容的民族主义思想潮流的影响下，世界分成了许多个独立的国家。各国法律制度上的区别正是这种状况的反映。从这个意义来说，并不存在纯粹的大陆法制度、普通法制度或社会主义法律制度，相反，这三类制度的每一类中，都存在着许多不同的法律制度。但是，这些不同的法律制度，可以在某一概念下集为一体。象以“大陆法”这样的概念把不同的法律制度归为一类的事实表明，这些不同的法律制度既有共同之处，也有可与“普通法”或“社会主义法”相区别的不同之处。这种数个国家法律制度共有的东西，我们称之为“法系”。因此，法国、德国（以及其他许多国家）的法律制度就可以称为大陆法系。

法系这一术语，并不是指一系列关于合同、公司或者犯罪的法律规范，虽然从某种意义上说这些规范都是法系在某一方面的表现形式。准确地说，法系是指关于法的性质，法在社会和政治中的地位，法律制度的实施及其相应的机构，法律的制定、适用、研究、修改和教育的方法等等一整套根深蒂固的并为历史条件所限制的理论。法律制度是文化的部分表现形式，法系把法律制度同它所反映的文化联系起来，把法律制度