

比较法概论

(法)勒内·罗迪埃文 著

陈春龙 译 李泽锐 校

法律出版社

比较法概论

〔法〕勒内·罗迪埃尔 著

陈春龙 译 李泽锐 校

法律出版社

根据法国《达罗斯》出版社1979年法文版译

比 较 法 概 论

[法]勒内·罗迪埃 著

陈春龙 译 李泽锐 校

法律出版社出版 新华书店发行

法律出版社印刷厂印刷

787×1092毫米 32开本 5.375印张 112,000字

1987年6月第一版 1987年6月第一次印刷

印数0,001—5,000

书号6004·1034 定价0.93元

译者前言

比较法学是当代法学的重要分科，许多国家都很重视比较法学的研究，机构林立，著述繁多，影响颇大，在一定程度上代表和反映了世界法学发展的一种趋势。为了提高我国法学研究的理论水平，改善我国的立法工作，促进对外往来，很有必要开展比较法学的研究。

法国是世界比较法研究的策源地和中心。由巴黎第二大学教授、比较法研究所所长和国际比较法学院院长勒内·罗迪埃尔撰写的《比较法概论》一书，资料比较丰富，内容简明扼要，对于我国读者了解比较法学概貌，促进我国比较法研究的开展，不无益处。书中对比较法的概念、作用、方法、比较法研究的现状和世界法系的划分作了较全面的分析和阐述，其中，对西方国家的立法目的和原则、海洋法和国际经济法中一些问题的论述较为深刻，对我国立法工作者、外交工作者和从事比较法、国际法、经济法研究的人员具有一定的参考价值。自然，限于作者立场，书中有些观点是我们不能同意的，请读者阅读时予以注意。

本书在翻译过程中，得到马河清、韩鸿坤同志的大力支持和帮助，在此深表谢意。译文不当之处，敬希读者指正。

一九八四年六月于北京

“只有通过比较才能了解。读过拉辛的悲剧《昂德罗玛克》和《费德尔》的人，如果读过莎士比亚的《仲夏夜之梦》，就比只读拉辛的其他一切悲剧作品更能了解法国人的才华。把一座希腊雕像与一座埃及或亚洲雕像对比，就比只观察一百座希腊雕像更能了解希腊人的才华。”

马尔罗：《沉默的声音》

目 录

序 言	(1)
1. 开宗明义	(1)
2. 国家主义与比较主义	(2)
3. 可能性和抱负	(4)
第一章 比较法的状况	(5)
第一节 外国法律体系各式各样	(5)
一、考察这一基本看法的各个方 面	(5)
4. 各种差异	(5)
二、这些差异从何发生?	(8)
(一) 起源上的差异	(8)
5. 自然因素	(8)
(二) 趋于统一的因素	(11)
6. 模仿律起着主导作用	(11)
7. 入侵引起的复杂多样的后果	(12)
8. 学术上赞赏外国法的效果	(15)
9. 法律迁移的两个例子	(15)
10. 单向的和倒退的模仿	(19)
11. 公法迁移的例子	(20)
(三) 革命的作用	(21)
12. 对比的作用	(21)

13. 反对陈旧偏见的革命力量·····	(22)
14. 这些对比的理论解释·····	(24)
第二节 文明国家法律体系的分类 ·····	(25)
15. 分类的原则·····	(25)
16. 一般分类的试验·····	(26)
17. 法律的亲疏关系·····	(29)
18. 必然的选择: 大陆法和普通法·····	(30)
19. 必然的选择: 西欧法和社会主义法·····	(31)
第二章 比较法的作用 ·····	(34)
20. 选择方法的重要性·····	(34)
第一节 比较法一词的各种概念 ·····	(34)
一、比较法是改善本国法律的工具·····	(34)
21. 此种概念下的比较法的意义·····	(34)
22. 此种概念下的比较方法·····	(37)
23. 评论·····	(39)
二、比较法是国际私法的附属学科·····	(39)
24. 在此种概念下比较法的解释和用途·····	(39)
25. 基本评论和其它用处·····	(42)
三、比较法是取得法律智慧与进步的工具·····	(45)
26. 可能具有的双重作用·····	(45)
27. 比较法能使人对本国法提出疑问与批评·····	(45)
28. 比较法与法律智慧·····	(48)
29. 推论。规则之间的联系·····	(50)
30. 第三种比较法概念的积极成果·····	(52)
四、建议的概念·····	(54)
31. “比较法”的更高级的概念·····	(54)

32. 替代律的例证·····	(55)
33. 寻求高度文明国家的“共同法”·····	(61)
34. 第二个一般规律·····	(62)
35. 以英国法渊源为例证·····	(63)
36. 权威判例使法律僵化·····	(64)
37. 英国法官和法国法官的不同心理状态·····	(68)
38. 由衡平法更新法律·····	(69)
39. 衡平法的僵化·····	(71)
40. 用成文法更新英国法·····	(72)
41. 对英国法演变因素的总看法·····	(73)
42. 伊斯兰和阿拉伯法律演变因素·····	(75)
43. 关于法律渊源的结论·····	(78)
44. 其它一般规律和一些特殊规律·····	(79)
45. 比较法学家必须克制。关于家庭法演变的一般 规律的错误理论·····	(80)
第二节 法律的统一·····	(85)
46. 商业的法律安全·····	(85)
一、各国国内的法律统一·····	(86)
47. 欧洲中央集权制国家·····	(86)
48. 欧洲联邦制国家·····	(89)
49. 中部多瑙河欧洲各国·····	(89)
50. 美国·····	(92)
51. 其它国家的例子·····	(96)
二、国内立法统一的后果·····	(97)
52. 法律解释的统一·····	(97)
53. 判例统一的实际困难 具体解决的例子·····	(98)

三、主权国家间的立法统一	(100)
54. 统一的有利因素	(100)
55. 斯堪的纳维亚集团	(101)
56. 拉丁美洲：失败	(103)
57. 日耳曼集团	(104)
58. 英联邦	(105)
59. 法国——意大利债法草案	(106)
60. 家庭法	(107)
61. 欧洲经济共同体的作用	(107)
62. 一部受到赞赏的伟大作品的思想影响可能有助于法律的统一	(110)
63. 拿破仑法典的影响	(110)
64. 德国民法典	(112)
65. 值得赞赏的统一的有点意外的例子	(113)
66. 能实现世界性的普遍统一吗？	(115)
四、部门法的统一	(116)
67. 必要的稳重	(116)
68. 统一的两种方法	(116)
69. 汇兑法的例子	(117)
70. 海商法是个重要例子	(119)
71. 实体法的国际公约自身意义有限	(120)
72. 其它的例子	(122)
73. 负责统一的机构	(123)
74. 负责统一的机构（续）	(125)
75. 通过实践进行统一	(128)
五、统一法律的统一解释	(131)

76. 环境的影响·····	(131)
77. 统一的法律及其实际解释·····	(132)
78. 统一法律工作进展快的方面·····	(134)
79. 理论的作用·····	(137)
80. 结论·····	(138)
第三章 比较方法的规则 ·····	(140)
81. 比较法的方法和抱负·····	(140)
82. 比较法和稀奇古怪·····	(141)
83. 比较法和整体·····	(142)
84. 比较法和法的各种渊源·····	(144)
85. 比较法学家比较的各种幅度·····	(145)
86. 比较法的定义·····	(150)
比较法专题资料目录 ·····	(151)
一、著作·····	(151)
二、论文·····	(152)
三、文集·····	(153)
四、外国法·····	(154)
五、百科全书·····	(156)

序 言

1. 开宗明义 比较法是为了重新使法学具有普遍意义而作的一种最有意义的努力。因此，可以说它是一门人文科学^①，或者说它具有国际作用^②，还可以强调它是促使国家之间相互了解的一个因素^③。

事实上，一些人不安地指出，对实在法的研究已越来越枯燥乏味。无论研究普通法、德国民法典，还是研究拿破仑法典，人们都惊异地看到，法学家们是何等专心地只对他们本国的法律感兴趣。法学研究竟也参加了各国固步自封的普遍运动。

这个运动并不古老。它主要开始于十九世纪各国法律大

① M·安塞尔：《比较法与人文科学》，载《比较法国际评论》，1949年，第27页。

② I·扎日泰：《关于比较法的国际性质》。载《纪念J·贝尔曼文集》，1975年，第1077页；《纪念穆拉德·费迪文集》，慕尼黑，1978年，第729页。

③ A·唐克：《比较法研究在促使国家之间相互了解方面可能起的作用》，载《比较法国际评论》，1964年，第47页。又见R·达维：《当代主要法系》，1978年第7版，第6目。

1950年以“比较法国际委员会”的名义成立，现在隶属于联合国教科文组织的“国际法学协会”的职能，恰恰在于该联合国机构想把法律看作是消除国际紧张局势的一种手段。见《J·阿扎尔和马克·安塞尔同国际法学协会》一文，载《安塞尔文集》，1975年，第1卷，第3页。目前世界的分裂状态，更加证实了巴斯噶（法国数学家、物理学家和哲学家）关于法律和暴力的关系的思想。

关于国际法学协会的作用，见I·扎日泰的文章，载《施温德纪念文集》，维也纳，1978年，第377页。

编纂之时：如一八〇四年至一八一〇年拿破仑法典的编纂，上世纪末和本世纪初德国民法典和德国商法典的编纂，十九世纪中叶拉丁国家的法典编纂等等。

相反，在罗马法时期或在教会法支配家庭法的时期，法学曾经具有普遍性（在地中海范围）。十四世纪时，凡在法国研究家庭法的人，也可以在德国或英国用同样的方式研究它；从十三世纪起，凡在法国研究债法的人，也可以在西欧任何一个国家用同样的方式研究它。诚然，随着各民族本身历史的发展，他们的实在法规则也日趋多样化。但是，即使文明世界的扩大已使人意识到，这种差异比一位法国法学家能在十三世纪发现的德国法某一部分同法国法某一部分之间的差异更加深刻，可是，人们还是可以看出，十七、八世纪的法学家们都是对法律而不是单单对法国法律普遍感兴趣。他们认为，他们的法学是不应局限于仅仅把他们本国法律的某些规则搞得精巧而实用。这正是由于宗教信仰而被法国大学解雇的迪姆兰，能够去一所德国大学讲课的时期。对于一个法国人来说，法学是没有法国国界的限制的。的确，科学语言（拉丁语）的统一对此提供了很大的方便。

在颁布拿破仑法典之后的年代里，人们看到法国出现了法学研究的真正闭关自守的情况。结果，一八三〇年至一八四〇年左右，法国法学家都对拿破仑法典以外的一切法律采取抵制的态度。

2. 国家主义与比较主义 时代又变了。今天，法学似乎不再被国界所分割了。法学同哲学和自然科学一样，也应该是具有普遍性的学科。

比较法的抱负，是要开辟科学研究的新阶段。

这也绝非偶然。各国人民的实在法看来已不象是民族法，它倒更象是国家法。法国法更象是法兰西国家法，而不象是法兰西民族法。西班牙的实在法尽管还带些地方主义残余，它却是西班牙国家法。因此，各实在法体系在世界地图上的分布，恰如国家体系在地球上的分布。然而，国家现象这种权力的制度化形式尽管已存在很久，却不过是历史上的偶然事件。人们要求建立更大的集团。我们国家的法制结构现在已不符合、明天大概会完全不能符合法律的现实。无论是政治集团（如阿拉伯统一组织）、军事集团（如东南亚条约组织或北大西洋公约组织），还是经济集团（如欧洲的三个共同体、比荷卢经济联盟、非洲与马尔加什经济合作组织及其在非洲相继出现的变种、中美洲集团……），都暴露出要越出国家——国际公法上突出的人格者——的传统范围向外扩展的要求。在这些集团中，发展最快的是欧洲经济共同体，它现在甚至有了一个不同于其成员国国家体系的法律体系：这就是统一规定九国企业的共同体法。这样就形成一些法律工具，使这些国家的企业之间得以更好地合作，更好地参加竞争的国际市场。只要存在这种市场，共同体法就比共同市场九个成员国各自的立法更能适应当今世界的现实。

比较法符合这种扩展的要求。正如人们既爱他们国家的边界又在此边界内感到别扭一样，法学家们也模糊地觉得，仅仅他们的本国法、他们的实在法，已不足以使法学界得到一个令人满意的概念。

这种现象在欧洲法范围内特别明显。一九六八年十一月，欧洲理事会在斯特拉斯堡举行会议。会议指出了比较法在

制定共同体法中和更广泛言之在制定欧洲法中所起的作用，并衷心呼吁在各法学院中开展欧洲法的教学和研究工作^①。

3. 可能性和抱负 比较法的飞跃发展，证明了法律上的民族主义或更确切地说法律上的国家主义的没落。正是在这方面，比较法表现了一种新的信念。

然而，如果人们不进一步确定比较法是什么，那么，这种信念将仍然难以理解。

这正是这本《比较法概论》要解决的问题。我认为，应该从比较法的对象、目的和方法三个方面去确定它。

a) 比较法应该比较全世界的全部法律规则和司法或超司法实践。比较的对象并不是法律，而是全部法律渊源。

b) 比较法的目的，是要弄清人类的思潮及其同制度的关系，并确定支配实在法国家体系及其思想动向的一般规则。正是在这个意义上，比较法是一门科学。它不想成为一种艺术，而是想说实话。它不局限于阐述外国法律，而是力图从法律的一般演变中，从各国人民的、甚至更广泛地说从各人类集团的制度之间或制度与一般政策之间的静态关系中，得出永恒不变的东西。

c) 比较法的方法，是把本国和外国的法律规则不断地加以比较。因为每一条规则既是该国某种历史发展和全部物质需要的产物，又是该国时代精神倾向的产物。换句话说，比较法学家并不是对法律规则的规范性表述感兴趣，而是对这些规则所表现的某种政治态度感兴趣。

^① 关于这次会议，见《比较法与立法研究年鉴》，1969年，第43卷。

第一章 比较法的状况

第一节 外国法律体系各式各样

一、考察这一基本看法的各个方面

4. 各种差异 a) 外国法律体系的差异,最明显的方面是实体法规则的差异。从最基本的规则中,即从脱离上下文的一条规则中,便可以看出这一点。例如,一对夫妇从什么年龄开始能够收养子女?一对夫妇有了一个婚生子女后,还能允许他们收养子女吗?公司发行的股票能否采用注明持有人的格式?国家元首有特赦权吗?对诸如此类的具体问题,各国的回答千差万别。

从更高级的制度中也可以看出这种差异。结婚,固有的继承权,非司法性行政监督,对侵权违法行为的域内与域外管辖权的区分……均在各个体系中具有极不相同的性质。下面举一个完整的例子来说明。

所有文明国家都感到需要某种地产公告,用来使信贷机构放心,并向第三者、尤其是不动产购买者提供情况。但是,这种公告应服从于各种专门法律体系。这些体系可以归结为两大类:一八五一年比利时法体系(或一八五五年的

法国法体系)和殖民地法体系。前一种体系的范围和目的都有限。它仅仅用来确定同一位地产所有者的继承人,并不明确指出某某人是某块土地的所有者,另一个人以需役地的名义对同一块土地享有地役权……。这种故意弄得狭窄的体系在一九三五年和一九五五年的改革中并未作重大修改,因为它足以满足我国的需要。公证人从有关不动产和不动产的物权的公证文书中知道土地的情况和产业的来源,他们一般都能避免发生意外或出现错误。我们的体系并不打算反映出产业的官方地籍状态。

澳大利亚的托伦斯法,法国在其前殖民地、保护国或委任统治地实行的法律体系,则是另一种概念的体系。在这些个体所有制不普遍的新国家中,人们可以从头至尾建立地籍和有地籍的小块土地登记的体系。这个体系不仅能消除同一个地产所有者的几个继承人之间的冲突(同一块土地的两个买主都坚持他们有所谓同样的所有权),而且还能建立地产的真正的户籍。

因此,这两种体系在下述各方面都有差异:在经公告公布的权利范围的广度方面,第二种体系的广度比第一种大;在负责管理登记簿的官员的作用方面,第一种的作用是被动的,第二种则是主动的;公告的意义也不相同……。这是一个在实体法制度中有差异的显著例子。

b) 在法律规则的精神中也有差异。

例如在许多法律中都有这样一条规则:监护人负责管理被监护的未成年孤儿的财产。但是,这条规则尽管用相同的措词写成,却可能具有不同的精神。

在一些立法中,这条规则仅仅表示了这样的概念:无行

为能力的未成年人应该受到保护，人们应该信任他的监护人。这种保护受监护的未成年孤儿的概念，会导致剥夺该孤儿管理自己财产的权利，因为人们认为他会乱花这些财产；而且这种概念还会导致将这些财产委托给某一个人，由此人负责为他管理。这种监护看来就象是对未成年人的保护制度。

在另一些立法中，未成年孤儿被剥夺了他的财产，财产交给一个管理人掌管。因为人们担心未成年人可能乱花这些财产而损害其家族。在这里，监护人的权力看来已不大象是起保护作用，而更多地象是对其家族起保证作用。

同一条法律规则（不让未成年人掌管其财产），时而是保护无行为能力者财产的侠义措施，时而又是家族最高权益的保护措施。

另一个更普通的例子是：在法国的传统观念中，主观权利是人对人的权力。在德意志第三帝国的法律体系中和在苏维埃法律体系中，当个人被赋予某种强制性权力时，不是为个人利益赋予的，而是为了超越于个人的社会集团（如德国的“民族”或共产国际）的利益而赋予的。《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国民法典》第一条规定：“公民权利受法律保护，但权利之行使违反其经济和社会目的者不在此限。”

这样，同一项主观权利，债权人对债务人的权力，便在不同的法律体系中具有完全不同的精神。确定该项权利的规则，也在这些体系中具有不同的含义，尽管这条规则的措词是相似的，尽管乍看起来它是相同的^①。

c) 最后，法律规则的产生本身也有差异。

法国法主要是通过立法制定的法律。在立法中，由实践

^① 见G·里佩尔：《民主制度和现代民法》，1936年，第117页至126页。